

Retaining Employment Equity Measures in Trade Agreements

*Lucie Lamarche
Rémi Bachand
Aurélien Arnaud
Rachel Chagnon*

Policy Research
Recherche
en matière de politiques



Status of Women
Canada

Condition féminine
Canada

Canada



Retaining Employment Equity Measures in Trade Agreements

Lucie Lamarche
Université du Québec at Montreal

In collaboration with
Rémi Bachand, Aurélie Arnaud and Rachel Chagnon

The research and publication of this study were funded by Status of Women Canada's Policy Research Fund. This document expresses the views of the author and does not necessarily represent the official policy of Status of Women Canada or the Government of Canada.

February 2005

Status of Women Canada is committed to ensuring that all research produced through the Policy Research Fund adheres to high methodological, ethical and professional standards.

Specialists in the field anonymously review each paper and provide comments on:

- The accuracy, completeness and timeliness of the information presented;
- The extent to which the methodology used and the data collected support the analysis and recommendations;
- The original contribution the report would make to existing work on this subject, and its usefulness to equality-seeking organizations, advocacy communities, government policy makers, researchers and other target audiences.

Status of Women Canada thanks those who contribute to this peer-review process.

Library and Archives Canada Cataloguing in Publication

Lamarche, Lucie

Retaining employment equity measures in trade agreements

Text in English and French on inverted pages

Title on added t.p.: Sauvegarder les mesures d'équité en emploi à l'heure des accords de commerce.

Available also on the Internet.

ISBN 0-662-68629-2

Cat. no. SW21-117/2005

1. Sex discrimination in employment – Canada.
2. Canada – Commercial treaties – Social aspects.
3. Women – Employment – Canada.

I. Canada. Status of Women Canada.

II. Title : Sauvegarder les mesures d'équité en emploi à l'heure des accords de commerce.

HD6060 .5C3L35 2005 331.133'0971 C2004-980358-1E

Project Manager: Beck Dysart and Jo Anne de Lepper, Status of Women Canada

Publishing and Translation Co-ordinator: Cathy Hallessey, Status of Women Canada

Editing and Layout: PMF Editorial Services Inc. / PMF Services de rédaction inc.

Translation: Lexi-Tech International

For more information, contact:

Research Directorate

Status of Women Canada

123 Slater Street, 10th floor

Ottawa, Ontario K1P 1H9

Telephone: (613) 995-7835

Facsimile: (613) 957-3359

TDD: (613) 996-1322

This document may also be downloaded
from the Status of Women Canada Web site,
at: <<http://www.swc-cfc.gc.ca/>>.

TABLE OF CONTENTS

ACRONYMS	iv
PREFACE	vi
ACKNOWLEDGEMENTS	vii
EXECUTIVE SUMMARY	viii
INTRODUCTION	1
Study Methodology	4
Report Structure	5
PART 1: EMPLOYMENT EQUITY IN CANADA: ARE THE REQUIRED CORRECTIVE ACTIONS POSSIBLE?	6
1. EMPLOYMENT EQUITY: THE HIGHS, THE LOWS ... AND THE IMPROVEMENTS NEEDED	9
Background: Legal and Political Basis for Employment Equity in Canada	9
Which Businesses Are Subject to the <i>Employment Equity Act</i> ?	11
Monitoring the Implementation of Employment Equity in Canada: Who Is Involved? What Obligations Do Businesses Have?	12
The New Legal Framework and CHRC's Authority in Terms of Employment Equity	13
Results of the Recent Five-Year Review of the <i>Employment Equity Act</i>	16
2. THE FEDERAL CONTRACTORS PROGRAM	18
What Is the FCP?	18
Government Procurement Contracts and Canada's Goods and Services Procurement Policy	21
3. CONCLUSION TO PART 1	27
PART 2: EMPLOYMENT EQUITY POLICIES IN CANADA AND THE REQUIREMENTS THAT ARISE FROM TRADE AGREEMENTS: FOR BETTER OR FOR WORSE?	28

4. TRADE AGREEMENTS RELATED TO GOVERNMENT PROCUREMENT CONTRACTS AND RETENTION OF CANADIAN EMPLOYMENT EQUITY MEASURES	31
Government Procurement of Goods and Services and Social Considerations	31
A Review of the Regulations for Easing Restrictions on Government Procurement: AGP and NAFTA	36
Government Procurement and Canadian Employment Equity Policies	38
What Have We Learned?	44
5. GATS AND EMPLOYMENT EQUITY MEASURES IN CANADA	46
GATS: Trade in Services and Methods of Service Delivery	47
How GATS Works	48
The Rules: Prohibiting Trade Discrimination and the Benefit of National Treatment	50
GATS Obligations for Transparency and Objectivity	51
Limitations on Hiring and Specific Commitments	53
What Have We Learned?	53
6. INVESTOR RIGHTS, CHAPTER 11 OF NAFTA AND EMPLOYMENT EQUITY IN CANADA	57
Investors and Investments	58
Investor Rights	59
Regulation of Expropriations	60
The "Paralysing Effect" of Chapter 11 of NAFTA	62
What Have We Learned?	62
7. PUBLIC ORDER IN TRADE AGREEMENTS AND EMPLOYMENT EQUITY POLICY	64
The Concept of Public Order Within a Comparative Perspective	66
Public Order: Transnational or International?	67
8. CONCLUSION TO PART 2	71
PART 3: THE IMPACT OF TRADE AGREEMENTS ON CANADIAN REGULATION OF EMPLOYMENT EQUITY: CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS DRAWN FROM THE CASE STUDY	72
9. GENDER-BASED ANALYSIS AND THE IMPACT OF TRADE AGREEMENTS: AN EMERGING ISSUE	72
GBA and Development	72
Trade Agreements and GBA	73
Canada, GBA and National Policies	75

10. THE ABSENCE OF CONSULTATION MECHANISMS AND A FAILURE TO CONSIDER THE IMPACT OF TRADE ON CANADIAN WOMEN.....	77
DFAIT	77
Major Consultations	77
Women and Trade	79
11. SOME RECOMMENDATIONS	81
12. PATHS FOR RETAINING THE CANADIAN EMPLOYMENT EQUITY MODEL WHEN STRIKING TRADE AGREEMENTS	84
Negotiating and Re-negotiating the Content of Trade Commitments by Taking into Account Domestic Employment Equity Regulations	84
Strengthening the Federal Contractors Program	88
Revision of the <i>Employment Equity Act</i>	89
13. CONCLUSION	92
ANNEXES	
I HRSDC Classification of Businesses Targeted by the <i>Employment Equity Act</i>	93
II The 12 Steps Taken by the CHRC to Audit Compliance with the Process for Adopting and Implementing the Employment Equity Plan	94
III The HSBC Bank of Canada Audit Report, Prepared by the CHRC	96
IV Review of the <i>Employment Equity Act</i> Under the Requirements of Trade Agreements: Questions	98
V Specifications Related to Government Procurement in Canada	100
VI Gender-Based Analysis in Eight Steps (Status of Women Canada)	102
VII Legislation, Jurisprudence, Decisions and Agreements	103
BIBLIOGRAPHY	108
NOTES	125

ACRONYMS

AGGI	Advisory Group on Gender Integration
AGP	Agreement on Government Procurement
AIT	Agreement on Internal Trade
APEC	Asia Pacific Economic Cooperation
AWID	Association for Women's Rights in Development
CAC	Consulting and Audit Canada
CAP	Collective Action Plan
CHRC	Canadian Human Rights Commission
CIDA	Canadian International Development Agency
CITT	Canadian International Trade Tribunal
CJE	Court of Justice of the European Communities
CLCA	Comprehensive Land Claims Agreements
CTS	Council on Trade in Services
DFAIT	Department of Foreign Affairs and International Trade Canada
EC	European Commission
ECOTECH	Economic and Technical Cooperation
EEA	Employment Equity Act
ESCAP	Economic and Social Commission for Asia and the Pacific
FCP	Federal Contractors Program
FTAA	Free Trade Area of the Americas
GBA	Gender-based analysis
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
HRDC	Human Resources and Development Canada, see: HRSDC
HRSDC	Human Resources and Skills Development Canada, formerly Human Resources and Development Canada (HRDC)
IAP	Individual Action Plan
ICC	International Chamber of Commerce
IDPM	Institute for Development Policy and Management
IDS	Institute of Development Studies
ILO	International Labour Organization
INAC	Indian and Northern Affairs Canada
IWGGT	Informal Working Group on Gender and Trade (WTO)
MFN	Most Favoured Nation
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NGO	Non-Governmental Organization
PSAB	Procurement Strategy for Aboriginal Business
PWGSC	Public Works and Government Services Canada
SAGIT	Sectorial Advisory Group on International Trade
SCFAIT	Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade
SCHRDSPD	Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities
SIA	Sustainability Impact Assessment

SWC	Status of Women Canada
TB	Treasury Board of Canada
TPRM	Trade Policy Review Mechanism
UN	United Nations
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNDP	United Nations Development Program
UNIFEM	United Nations Development Fund for Women
WEDO	Women's Environment and Development Organization
WIDE	Network Women in Development Europe
WGTGP	Working Group on Transparency in Government Procurement
WPGR	Working Party on GATS Rules
WTO	World Trade Organization

PREFACE

Good public policy depends on good policy research. In recognition of this, Status of Women Canada instituted the Policy Research Fund in 1996. It supports independent policy research on issues linked to the public policy agenda and in need of gender-based analysis. Our objective is to enhance public debate on gender equality issues to enable individuals, organizations, policy makers and policy analysts to participate more effectively in the development of policy.

The focus of the research may be on long-term, emerging policy issues or short-term, urgent policy issues that require an analysis of their gender implications. Funding is awarded through an open, competitive call for proposals. A non-governmental, external committee plays a key role in identifying policy research priorities, selecting research proposals for funding and evaluating the final reports.

This policy research paper was proposed and developed under a call for proposals in August 2001, entitled Trade Agreements and Women. Research projects funded by Status of Women Canada on this theme examine issues such as gender implications of Canada's commitments on labour mobility in trade agreements, the effect of trade agreements on the provision of health care in Canada, the social, economic, cultural and environmental impacts of free trade agreements on Canadian Aboriginal women, building Canadian models of integrating gender perspective into trade agreements, the repercussions of the trade agreements on the proactive employment equity measures for women that are applicable to private-sector employers in Canada, and the effects of trade agreements on women with disabilities.

A complete list of the research projects funded under this call for proposals is included at the end of this report.

We thank all the researchers for their contribution to the public policy debate.

ACKNOWLEDGMENTS

This study was funded by Status of Women Canada's Policy Research Fund. We would like to thank the following people for their on-going support of the project: Rémi Bachand, Aurélie Arnaud and Rachel Chagnon. As well, we are grateful for the continued cooperation of our colleagues and friends at the Centre Études Internationales et Mondialisation (CEIM) and the Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CEDIM), two research units in the Faculty of Political Science and Law at UQAM. University research centres are not immune to gender ratios. This study enabled us, within our task force, to highlight that trade and globalization have different effects based on gender. Our colleagues graciously agreed to this on-going follow-up. We would also like to thank the Canadian Human Rights Commission and the Department of Foreign Affairs and International Trade for their endless cooperation. Lastly, thank you to Status of Women Canada for their constant support and understanding throughout the study.

The information in this research report was current as of June 1, 2004, access to Web site references was verified at that time.

EXECUTIVE SUMMARY

In Canada, employment equity measures are defined and perceived as necessary for promotion of the right to equality in the workplace for Canadian women and three other groups designated by the Act, namely members of visible minorities, persons with disabilities and aboriginal peoples. Although the *Employment Equity Act* was implemented nearly 20 years ago, recent assessments of the Act confirm that few stakeholders take the importance of these measures seriously. The same can be said of the Federal Contractors Program (FCP), which requires that, for certain government procurement contracts, Canadian contractors (or contractors established in Canada) implement employment equity plans in their business. In general, these programs must be improved if the desired objectives are to be attained.

The recent and explosive development of liberalization of commercial exchange, and trade agreements, has given rise to persistent criticism that they adversely affect the sovereign capacity of nations to regulate social spaces and the public interest, based on each nation's own values. Legislation, like trade, is becoming globalized. It also has been shown that the liberalization of commercial exchange and the opening of goods and services markets to international competition are phenomena that involve more than just good news with regard to the employment of women and the general quality of their living conditions. Thus, "globalization" was based heavily on the increased exploitation of female workers and labour, whether visible or invisible.

However, beyond these assertions and studies, it is rare to find research aimed in particular at exploring the effects of trade agreements on a specific regulatory measure intended to promote the right of Canadian women to equality. Our case study ventures to do so, analytically and without bias. Though it is intended to be taken primarily for what it reveals, it can also be received as methodological input regarding the effects of trade agreements on the capacity of nations to intervene in national social spaces.

This case study focuses solely on the federal model of employment equity, which is intended for employed women, among other people. The study excludes pay equity, examining it only as part of the application of the *Employment Equity Act* in the private sector, or as part of bidding on public procurement from the federal government. The study asks whether, in the particular case of employment equality, we can corroborate the assertion that the commitments made by Canada in accordance with various agreements would adversely affect the country's short-term or medium-term capacity to maintain national measures for promoting employment equality for Canadian women. For reasons explained herein, the study addresses this question by focusing on two World Trade Organization (WTO) agreements signed by Canada: the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the Agreement on Government Procurement (AGP). It also pays particular attention to the North American Free Trade Agreement (NAFTA), in particular Chapter 11 (investments).

The study is divided into three parts. The first part takes stock of employment equity in Canada and the objective need to improve this model. The second part of the study focuses

on analysing the GATS and the AGP, in light of the following hypothesis: do these agreements prevent Canada from improving employment equity measures? Conclusions and recommendations, which are briefly outlined below, comprise the third part.

The main findings of the study are as follows. The trade agreements examined do not directly impair the Government of Canada's ability to maintain, improve or develop the scope of employment equity measures, whether legislated (businesses subject directly to the *Employment Equity Act*) or non-legislated (Federal Contractors Program). On the contrary, these agreements require an unequalled transparency and rigor from Canada in managing these programs, which, in their current state, present deficiencies in the standards that they establish. As long as the businesses involved are under foreign control, even though they are operating in Canada, we can assert that the GATS and the AGP have "raised the stakes." Thus, the increased transparency in employment equity measures that has been imposed on businesses operating in Canada indirectly constitutes an obstacle to Canada's capacity to take action in favour of employment equity.

The ensuing question is therefore twofold: First, to what point can the employment equity model, described as a complex model of gender equality, measure up in everyday use to the requirements of trade agreements, which guarantee foreign investor-employers near complete predictability of trade terms? Second, it remains to be determined whether the government is also willing to face this new challenge posed to domestic regulation by trade agreements or whether, as some claim, the government is incapable of doing so, struck as it is by "political" opposition to progress that dictates the atmosphere and ideology of the liberalization of exchange?

The question is difficult to answer because, to date, there has been an almost complete lack of dialogue between the parties concerned. This is why many of our recommendations relate vitally to the gender-based analysis of trade policies and the conditions for creating a useful dialogue between Canadian women and the state with regard to international trade and national mechanisms for establishing trade policies in Canada. On the one hand, the case study reveals an "everyday international trade" that requires Canadian women to become familiar with the technical requirements of this new reality. On the other hand, it reveals that the state's affirmative duty to work to promote human rights and women's equality rights means that it must ensure that Canadian women understand international trade and that its impact on their rights be assessed. Along these lines, it is also fitting to review the impact of the methodology of a gender-based analysis on international trade, because trade is not like other government competencies: it is cross-sectoral and does not involve merely a single department or agency.

Of course, our conclusions and recommendations also relate to the federal government itself. It must take every opportunity to assert before international trade institutions the legitimacy of Canadian employment equity measures, in order to retain them.

Lastly, our recommendations embrace the question of improvements from which legislated and non-legislated employment equity programs in Canada could quickly benefit. Never before has this issue been considered on the basis of the new parameters set out by Canada's

international trade commitments. At the very most, the mood of businesses that are subject to the *Employment Equity Act* has come into focus. But who are these businesses? Are they fully Canadian? Or are they foreign, though established in Canada? Do they hold special rights due to their investor status in Canada? What effect can such a status have on the conditions for dialogue between the institutions that are responsible for implementing employment equity in Canada and these businesses? Sooner or later, a distinction must be made between the desired changes to employment equity measures and the status of the various Canadian employers concerned. Does the government want this? Does it have a choice? How can the demand for employment equity be harmonized with the "rights" of foreign companies that hire in Canada? Our recommendations are intended to counter the presumed indifference of the decision-makers on this issue.

To conclude, we add here our own feedback on the experience of this case study. Canada has very few representative associations for women interested in the "technical" issue of the link between trade agreements ratified by Canada, the commitments made in this regard, and the integrity of national policies intended to promote the rights of Canadian women. This case study does not pass judgment on the larger issue of the negative impact of trade agreements on the human rights of women. However, we believe that it does show the representative associations for Canadian women should adapt their analysis of these policies to new parameters induced by the trade agreements that bind Canada in one way or another. To do so, they will need all the support (education, awareness, dialogue and gender-based analysis) that the Government of Canada can grant. Indeed, this is the government's proactive responsibility under its international human rights commitments.

INTRODUCTION

The title of this research report empirically connects two areas that globalization tends to isolate from each other: human rights and international trade. Some claim that an increase in the number of trade agreements and the institutionalization of international trade, which are particular, but not exclusive, manifestations of globalization, subjugate human rights to trade. So, it would seem, human rights, and therefore women's rights—in particular women's right to equality—are threatened by these phenomena. This fear is illustrated by the many demands for the primacy of human rights over trade agreements. Again, in response to this fear, the women's movement often says NO to trade agreements that fail to take into account the human dimension of development, just as it criticizes the economic model that underlies such agreements.

Others claim that, in reality, the risk of conflict between international trade rules and human rights is fairly limited, and that trade agreements fall into a specialized area in which rules are intended primarily to regulate conflict between merchants, and more specifically still, conflicts between merchant nations. They add that bilateral, regional or international trade agreements do not dictate the conduct of nations in terms of human rights and, should nations violate commitments they have made in that regard, the appropriate international or regional authorities are intended to supervise and punish such conduct accordingly.

This important debate is far from over. It poses the question of whether an adverse effect of any kind by international trade obligations on fundamental human values, including dignity and equality, can be tolerated.

Yet, this context has produced "situated" women. That is, women occupy a political, economic and geographic space that is negatively altered by trade commitments contracted by their own nations, often quite undemocratically.

What does this mean for Canadian women who are employed or want to be employed? On the one hand, they benefit from a constitutional standard of equality that makes them the envy of the women in many other countries (section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the many laws relating to human rights that the federal, provincial and territorial governments have adopted over the years). On the other hand, they are the victims of a reconfiguration of their relationship to work and to the poverty that impairs their right to equality. The employment of women is becoming fragmented and tenuous. It is increasingly said that women are "at the service of" globalization and pay the price, despite increased female employment.

Often, socio-economic studies that look at the effects of liberalized trade in Canada simply analyse the variations in employment volume and salaries. Women are just one more category of "workers." Studies rarely focus on the specific effects of this liberalization on one particular mechanism that is intended to promote the equality of women in the workplace.

This shortage of studies is not limited to labour policy. In general, state regulation is rarely subjected to a systematic analysis of the impact of trade commitments on such regulation. Consider this: do trade agreements impair the government's ability to adopt and implement policies, mechanisms and standards that are intended to promote a legitimate social objective?

Some women's groups have not yet reaped the rewards of the employment equity strategy; for example, poor women, immigrants or women with little education. Yet, these very women are captive labour in the new job market. At a time when more vulnerable women should be able to count on employment equity strategies to attain equality, we have every reason to wonder whether the legitimacy and legality of regulations set out by trade agreements should be questioned.

Our confirmed interest in employment equity measures and our expertise in the background and scope of the *Employment Equity Act* prompted us to reformulate the broad question of whether "trade takes precedence over human rights." Thus, the empirical question of this study is as follows: When making trade agreements, can Canada protect its employment equity measures?

In point of fact, this research is a case study for which we have found no precedent. Its focus is a public policy that is framed by legislation (employment equity) and by a program (the federal program involving the contractual obligation of bidders on government procurement contracts to implement employment equity). Our study concerns the employment of women in the private sector only (employers with over one hundred employees). It examines only two trade agreements to which Canada is a signatory: the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the WTO Agreement on Government Procurement (AGP), as well as the equivalent chapters of the North American Free Trade Agreement (NAFTA). These choices resulted from a conviction that arose during our research—the need for a case-by-case examination of the impact of one or several trade agreements on public policy. In other words, generalizations should not be made from the conclusions of this study, which are instead intended to prove that further such studies need to be conducted, and that the government has an obligation to do so.

A word about the choice of trade agreements examined. We could have broadened our scope and completed an overview of the main multilateral and plurilateral WTO agreements, extending even to and the equivalent NAFTA chapters, on the regulations essential to promoting women's right to equality in the workplace. Such an overview would have served an instructional purpose, but was not within the objectives of the study. For example, it would have been interesting to linger over the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures. This agreement concerns the Government of Canada's capacity to support certain activity sectors and, thus, the labour or entrepreneurship of women. However, reviewing such an agreement did not directly meet the needs of the case study. Furthermore, as in any other study, choices are always partly arbitrary and realistic. We preferred to limit our line of analysis and proceed accordingly with a thorough review

of the topic, hoping to provide a methodology that other studies could reproduce. The key concept governing our choice remains the need for in-depth analysis of the effects of a trade agreement on a given national regulatory assembly.

We drew a number of lessons from this case study. First, it is not enough to assert that trade agreements do not prevent Canada from adopting legislation and programs to promote "Canadian values" or the interests of Canadian men and women. Trade agreements indirectly shape Canadian social policies more than they preclude them. Thus, in the case of employment equity, our conclusions are paradoxical: trade agreements require more regulation, not less. In fact, the obligations of transparency and predictability in the trade conditions imposed by these agreements require a level of legislative refinement from developed countries that challenges certain human rights laws and their administration. We will explain how and why.

Second, trade agreements ratified by Canada explain only partly and very indirectly the "paralysis" of the legislator before a situation that clearly requires correction, as in the case of employment equity. Given the recent assessments of the *Employment Equity Act* and the Federal Contractors Program (FCP), we will explain the desired redress and how businesses subtly fight it.

Third, we gained the conviction that a link exists between the commercial ideology of laissez-faire and the legislator's resistance to change in the matter of employment equity. These are distinct entities in appearance. Internal logic would explain why the *Employment Equity Act* will not be improved when, in fact, it would be the best safeguard, given the trade agreements. In reality, it seems clear that, when easing trade restrictions, the legislator is ill-inclined to strengthen legislative measures that would promote women's employment equality rights. Will trade benefit by default? This would mean that, through opposition to change, Canadian women could once again be limited to what we know is a highly ineffective recourse of initiating complaints of discrimination that, we note, have no connection to the *Employment Equity Act*. Yet, would this model nonetheless be the universal lowest common denominator imposed indirectly by trade legislation?

Lastly, this study led to our observation that, in light of the trade problem, the methodology promoted by Status of Women Canada, which favours a gender-based analysis of federal government policies and programs, has still not received any serious attention. We shall see why, then propose a number of avenues and recommendations in that regard.

Case studies often present the disadvantage of being highly technical. Ours is certainly no exception to the rule. Rather than apologize, we suggest that such inaccessibility, which is specific to trade agreements, contributes to the "victory of the merchant over humankind."

To conclude, we add here a word about the women's associations for whom, among others, research sponsored by Status of Women Canada is intended. Despite our efforts, these associations, especially those in Quebec, showed little interest in our initiative. We feel that the lack of availability, and especially the lack of familiarity with the topic, largely explains this attitude. Moreover, our study raises a fundamental question for these associations: Should

the reaction to the phenomenon of trade agreements be outward (criticizing them) or inward (analysing them)? We believe that this study contributes to a desirable discussion: analysing the effects of trade agreements on Canadian public policies requires from women and their representative associations a vigilance that, in turn, requires the government to agree to a greater effort in "educating women about trade." Constructive criticism and informed opinions do not arise spontaneously. The topic is arduous and, in appearance, far from the day-to-day experience of women, which is marked by increasingly difficult conditions.

This particular difficulty explains why it was impossible for us to submit the conclusions and recommendations of this study to certain representative women's associations for validation. Yet, this was a commitment made when we submitted the research proposal to Status of Women Canada, and we accept full responsibility for being unable to follow through. We might instead have begun by assessing the need to establish Canadian and Quebec women's groups on international trade. Failing to do so, our study aroused little interest at a time when attention within the women's movement is directed toward finding a direct causal link between the impoverishment of women, the precariousness of their living conditions and trade agreements. Little by little, we discovered that this link is usually very difficult, if not impossible, to establish. Our study did not look at the standard macroeconomic trade indicators (volume of employment, average salary, etc.), but rather the legal effect of trade agreements ratified by Canada on the government's particular capacity to regulate in areas that are essential to promoting and protecting women's employment equality rights, including equity. Furthermore, several of our recommendations concern a department that is unfamiliar to the Canadian and Quebec women's movement, at least in its trade component: the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT).¹ In this regard, the women's movement is diametrically opposed to the business community, which is much more familiar with this department. We can conclude that the "Beijing effect" produces effects on such departments at a snail's pace.

Study Methodology

This research was based on a classic legal methodology. It uses sources from international trade legislation, in other words, documents and legal interpretations of trade agreements, such as the GATS and AGP, as well as legal and administrative sources of employment equity in Canada (the Act, regulations, handbooks, doctrine). The three main stages of research can be described as follows.

- *Trade agreements*: Analysis of administrative sources (through trade authorities, including the WTO), legal sources (the text of the agreements: GATS, GATT, NAFTA, FTAA) and judicial sources (through WTO or NAFTA arbitration panels), all of which produce trade *concepts* that are likely to interact with Canadian public policy in matters of employment equity: for example, parity, non-economic requirements, trade discrimination, protection, emergency, public order, harmonization, transparency, and general and specific exceptions.
- *Employment equity*: Synthesis of methods for implementing employment equity (pay equity, employment equity, contractual obligation) in the private sector in Canada: for

example, What is required by the Act? By the jurisdictions responsible for implementation and for auditing businesses? By the technical application manuals and directives? Which elements are transparent and predictable for employers? Which are the grey areas?

- *Strategies for protecting employment equity measures:* (1) Through comparison and analysis, identify the wording of trade agreements, and arguments likely to draw the attention of negotiators to the importance of employment equity measures as public policies that should be protected from trade agreement requirements; (2) Through analysis of the synthesis of employment equity measures, propose improvements to procedures related to the implementation of employment equity measures in Canada, in order to strengthen their legitimacy within the implementation of trade agreements and increase their transparency; (3) Propose to women's groups places where intervention would be helpful (technical trade bodies, for example, or requiring systematic consultation by DFAIT in order to promote the need to ensure that employment equity policies are protected in Canada)

We also contacted, as needed, the government interlocutors concerned, in particular, the Canadian Human Rights Commission (CHRC), Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) and DFAIT. Once again, we thank them for their cooperation.

Report Structure

This report is divided into three main sections. The first section analyses the legislative and non-legislative (FCP) model of employment equity in Canada, taking account of the recent results available. This analysis was conducted independently of any considerations that result from trade agreements (GATS and AGP), so that we could illustrate which types of correction should be made to the Act and the FCP. Each component of the study (the Act and the FCP) raises questions that will be answered in subsequent sections. The second section of the study is dedicated to an analysis of the GATS and the AGP. In each case, these agreements were examined to determine (1) if they challenge the *Employment Equity Act* and the FCP, and (2) if they require changes to the Act and the Program. In this way, we answer questions raised in the first section of the study. The third and final section suggests, among other things, a series of recommendations intended to protect the Canadian employment equity model when striking trade agreements. This section also examines the issue of how to concretely develop in Canada a gender-based analysis of the effects of trade agreements on public social policies for the benefit of Canadian women.

PART 1: EMPLOYMENT EQUITY IN CANADA: ARE THE REQUIRED CORRECTIVE ACTIONS POSSIBLE?

This first section lays the groundwork for the case study. As seen in the introduction, Canadian policies for the promotion of employment equality for members of groups that are subject to discrimination are based, among other things, on two main strategies: employment equity and the contractual obligation tied to the awarding of government procurement contracts.

The first strategy involves acting on the distribution of job wealth for the benefit of members of designated groups. Although this classification has come under challenge, designated groups include women, visible minorities, persons with disabilities and aboriginal peoples. This strategy concerns all businesses operating and hiring in Canada that have over one hundred employees. By extension, employment equity has become a condition for the award of federal procurement contracts when bidders are businesses hiring at least one hundred employees in Canada, for contracts of \$200,000 or more. These businesses can be Canadian, although not exclusively. Due to the requirements of some trade agreements, government contracts are increasingly assigned to foreign bidders who, as long as they hire in Canada, are also subject to the terms and conditions for award of such contracts and, therefore, to the objectives of employment equity.

While it is commonly asserted that global liberalization of trade contributes to an increase in increasing women's economic vulnerability, women have clearly benefited from and will continue to benefit from the employment equity strategy established by the *Employment Equity Act* (or EEA) and the Federal Contractors Program (FCP). Despite the imperfections of the EEA, it is nonetheless essential to note its strengths within the context of globalization. For example, casual or part-time labour is taken into account in determining the desired objectives of establishing employment equity plans in businesses, a strategy that favours women, even though it is not set out specifically by the Act. The literature has increased our awareness of the negative relationship between being a woman in the workplace and those characteristics, other than gender, that constitute exclusion factors: race, for example. Though the Act is highly imperfect in this regard, it remains that the most vulnerable female workers do in fact benefit from employment equity. In short, the consensus is that employment equity is necessary so that women can continue to share in the benefits of job wealth in Canada.

The practices of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) also should be considered, with regard to regional development and strategies to promote the employment of more vulnerable groups. In fact, after Canada ratified the WTO trade agreements and NAFTA, the government reviewed its procurement strategy and made the promotion of regional development and minority businesses a secondary objective related to a new central objective—to foster competition and appeal as much as possible to the private sector. However, one program was saved—the promotion of aboriginal businesses. Indirectly, this program could have favoured other minority business groups, as well as women-owned businesses. Yet, this is not the case.

The notion that national employment equity policies and legislation should comply with the requirements of trade agreements was raised by some countries in WTO forums, in particular within the Working Group on Transparency in Government Procurement (WGTGP) and the Working Party on GATS Rules (WPGR). Two trends became apparent in the WGTGP. In one, the requirement to respect the implementation of employment equity measures imposed on a contractor-employer by a state is no more or less important than other requirements, for example the employee work environment or employee safety. Therefore, such measures could constitute a prerequisite to obtaining a contract and would be legitimate (WTO, 1996). More recently, however, some member states stressed that these programs could perhaps be considered additional conditions, unrelated to the conditions objectively required (the contractor's technical and commercial capacity) to execute the government procurement contract (WTO, 2002). Some states have also tried to clarify their position during the Working Group proceedings. In this context, Switzerland, Australia and Canada reiterated the legitimacy of the requirement made of sub-contractors to respect the equality of men and women and, in the case of Canada, employment equity in particular (WTO, 2002). In the context of the Working Party on GATS Rules, New Zealand was more specific in mentioning that the special programs for women, children, persons with disabilities and minorities involve attaining national and, therefore, legitimate objectives (New Zealand, 1997). Regardless, the issue was not addressed systematically, and the WGTGP, which met in 2002, provisionally concluded that creating a single list of admissible practices in the context of the AGP was impossible (New Zealand, 1997). In all cases, our research revealed that reviewing the legitimacy of proactive employment equity measures, such as those in effect in Canada, did not receive undivided attention from the WTO working groups. Also, there was absolutely no discussion of NAFTA. Lastly, there was a consistent lack of any gender-based analysis or consideration whatsoever during these discussions.

Government procurement is a different issue. Setting aside contracts for minority businesses, with disregard for competition regulations, is a policy that runs counter to the principle of free competition recommended by trade agreements, in particular those related to government procurement. This is why Canada, in the wake of the United States, considered it appropriate to append to the ratification of the AGP a general note² recommending that, among other things, small and minority businesses be excluded from the application of the Agreement. In the case of chapter 10 of NAFTA, which addresses the easing of restrictions on government procurement, these same "contracts" were also excluded. This reservation resulted in the current policy that favours aboriginal businesses. Why not also set aside contracts to the benefit of businesses owned by other minority groups, such as women or persons with disabilities? We will return to this issue.

This could be acceptable if Canada did not have an urgent need to reform employment equity and to manage the discontent of some businesses that feel that the implementation of employment equity and its unpredictable aspects is so complex as to hinder "their right to trade." Furthermore, it is also necessary to explore the central government's ability to increase the effectiveness of using government procurement to more adequately promote the development of not only aboriginal businesses, but perhaps also of businesses owned by women.

The need to review employment equity measures and strategies came to light in 2002 when the parliamentary Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities (SCHRDPD) submitted its report. However, the Committee's work in no way alluded to the "new" limits that trade agreements might impose on this topic. In fact, Canada's commitment to trade agreements does not specifically protect these strategies. Therefore, we felt that it was appropriate to conduct a case study to assess the actual leeway that the government and federal parliament have in making possible, and certainly desirable, changes to employment equity strategies in Canada.

This part of the report addresses the first part of the equation in a technical and detailed manner. It poses the problem by identifying elements that should be considered in order to verify if and how Canada can improve employment equity and government procurement strategies to the advantage of Canadian women. This analysis does not exclude the possibility that, from a legal standpoint, Canadian sovereignty is perfectly intact and that relevant trade agreements do not limit the exercise thereof. However, it also does not exclude the contrary.

The section is divided into three sub-sections: First, an analysis of the *Employment Equity Act*; second, an analysis of contractual obligations and the FCP; and third, the introduction of the question of contracts that are set aside and excluded from the application of trade agreements and from certain other rules for awarding government procurement contracts to the benefit of more vulnerable groups, in other words, government contracts reserved for aboriginal businesses. Each development is followed by an outline summarizing the issues and highlighting the questions that we try to answer in part 2, as a function of Canada's commitments in accordance mainly with three trade agreements that are deemed particularly relevant—WTO agreements related to government procurement and trade in services (AGP and the GATS) and NAFTA (chapters related to government procurement (10) and investments (11)).

1. EMPLOYMENT EQUITY: THE HIGHS, THE LOWS... AND IMPROVEMENTS NEEDED

This sub-section aims to illustrate the developmental status of Canada's legislated employment equity model and why reinforcing the terms of the *Employment Equity Act* is long overdue. The Act recently underwent its first scheduled five-year review, which revealed that employers, in particular smaller employers, have levelled criticism at the complexity and unpredictability of certain aspects of the Act. In order to better explore how a business' "rights" can impair the legislator's ability to improve the employment equity model, this second part of our study will begin by indicating what the focus of such improvement could be. Questions that may conflict with the terms of relevant trade agreements to which Canada has made commitments are specified at the end of this sub-section.

Background: The Legal and Political Base for Employment Equity in Canada

The *Employment Equity Act*³ (hereinafter referred to as EEA or the Act) was adopted in 1986 and amended in 1996. Under the terms of section 2, its purpose is to achieve equality in the workplace and, to this end, to correct the disadvantages experienced by four groups that have historically been subject to job discrimination: members of visible minorities, women, persons with disabilities and aboriginal peoples. Achieving equality in the workplace indicates that no one should be refused job advantages or opportunities for reasons that are unconnected to ability. More recently, considerations related to the positive effects of employment equity on business profitability were added to the objective set out by the legislator in section 2 of the EEA. From that time, Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC), which is responsible for implementation of the EEA, has deemed that the EEA should be seen not only as a means for promoting human rights, but also as a tool enabling businesses to aspire to increased profitability in managing their human resources (HRDC, 2001).

Section 2 of the Act also provides that employment equality must occur in compliance with the principle according to which employment *equity*, aside from treating people equally, requires *special measures* and *improvements* adapted to differences. In accordance with section 10 of the Act, employers achieve employment equality by adopting and implementing an employment equity plan. To develop these plans, employers must analyse their employment and remuneration systems by occupational category and the composition of their workforce in order to determine the objectives to be attained in the representation of the designated groups. They must also adopt a set of measures intended to remove obstacles to employment equality. The *Employment Equity Act* concerns federal businesses with over one hundred employees and a large number of Public Service of Canada sectors.⁴ Given the object of our research paper, only private sector businesses will be considered.

Why did the "employment equity" model appear in Canada? Madame Justice Abella was the first to use the expression "employment equity"⁵ when she chaired the Commission of Inquiry on Equality in Employment (Abella, 1984). The context being examined at the time

was the limitations of a form of justice that is desired from individual complaints about job discrimination. Members of groups that have historically been subject to discrimination ardently hoped for the *proactive* transformation of workplaces to make them more accessible. Noting the stasis in figures related to integrating members of groups subject to discrimination in Canadian society into the workforce, Justice Abella concluded that a *proactive* obligation needed to be imposed on businesses to implement programs for access to employment equality "before the fact," that is, before complaints of discrimination occurred (Abella, 1984, pp. 202-203).

Justice Abella proposed that employment be seen as an asset made available by an employment system that is controlled by business. This employment system evidently includes various discriminatory components and barriers to employment, of which minority groups and women bear the brunt. These barriers are the result of a society that, in reality, sets aside employment resources for the dominant group, and determines the requirements and skills for access to employment based on the objective and subjective characteristics of that particular group. The legitimacy of the reasoning for comparing this real situation to discrimination was established by the Supreme Court of Canada in the decision *Action Travail des femmes v. Canadian National*.⁶

Thus, employment equity is associated with the employer's obligation to implement plans proactively and in response to a legislative obligation. These plans include, among other things, target numbers to be attained in each job category in a business. This numerical determination is based on a correlation between the availability of minority groups and women in the workforce for a given type of job in a business' geographic location, and their representation in the workforce in the short and medium term.

The proactive strategy for fighting job discrimination in Canada is based on the premise that changing the numeric representation of various groups in the workforce makes it possible to attain some parity, which constitutes a corrective response to systemic discrimination. This is the critical mass theory. The *Employment Equity Act* indisputably has contributed to increasing the numeric presence of women in the workforce, particularly in certain employment sectors and occupation categories. The Act also indisputably has limitations. It cannot independently resolve the precariousness of women's employment (Johnson, 2001; HRDC, 2001) (part-time work, on-call work, work from home) any more than it can resolve the problem of the increasingly blurred link between women and employment status (independent or semi-independent work (Bernstein *et al.*, 2001), for example). HRSDC and the Canadian Human Rights Commission (CHRC) are aware of this problem. In its *Annual Report 2001*, the CHRC stressed that it would be erroneous to trust the numbers alone (CHRC, 2002a). In the transport sector, for example, the representation of women increased from 16% to 24.2% between 1987 and 2000. However, half of the women working in this specialized sector were employed, part-time positions (mainly school bus drivers) (CHRC, 2002a). In 2000, 22% of women in the private sector were employed in short-term positions, compared to 9% of men. This statistic peaks in the case of aboriginal women, of whom 25% hold short-term or part-time jobs. However, the attention that HRSDC pays to this problem is more difficult to determine. From a careful read of HRSDC's 2001 to 2003 reports, it is apparent that, when the department presents the situation of women in the workforce, it refers only to global figures and makes no

distinction between part-time employment and full-time employment, or even between short-term employment and permanent employment (HRSDC, 2004a, HRDC, 2002, 2001).

Nevertheless, it must not be overlooked that, in general, representation of women in the private sector grew from 40.1% in 1987 to 43.9% in 2000. This figure is close to the general rate of availability of women in the workforce, which was assessed as 46.4%. In addition, increases were recorded in occupations of a higher classification in some traditional pink ghetto sectors, including banking. In other words, the *Employment Equity Act* has contributed significantly to promoting the employment of women in Canada, despite the upheaval incurred by the transformation of salaried employment for women.

However, this progress is not the only product from the time that has elapsed since the initial Act was adopted in 1986. The study of employment equity reveals that the audit role assigned to the CHRC during the 1996 amendments is an important element in this success (CHRC, 2002a). The reasons will be explored below. Recall for the moment that the management of employment equity in Canada is based heavily on the many and mandatory interactions between businesses, HRSDC and the CHRC. One component of the Act requires that businesses file an annual report to HRSDC on their employment equity progress. The report must contain statistical data on the increase of groups designated by the Act, and a narrative report detailing the qualitative measures taken to improve the representation of these designated groups within the business.⁷ Businesses must also work to develop an employment equity plan, which will be audited by the CHRC.⁸ They cannot avoid this process once they are subject to the Act. We will now focus on this aspect of the Act and the employment equity model in Canada in general.

Which Businesses Are Subject to the *Employment Equity Act*?

According to section 3 of the *Employment Equity Act*, a "private sector employer" is defined as someone who employs one hundred or more employees within or in connection with a federal business as defined in section 2 of the *Canada Labour Code*, and includes any corporation established to perform any function or duty on behalf of the Government of Canada that employs one hundred or more employees. The definition of "federal business" is set out in Section 2 of the *Canada Labour Code*. These are businesses whose activities are not limited to activities exercised in a Canadian province, as well as certain other businesses whose activities are of a federal nature: banks, telecommunications, etc.

Thus a number of "foreign" businesses are businesses that were constituted to accomplish functions in the name of the Government of Canada. If these businesses hire in Canada, they are Canadian employers. Every business with a workforce exceeding one hundred employees is subject to the *Employment Equity Act*. Imposing the requirements of the *Employment Equity Act* on "foreign" businesses does not in itself constitute trade discrimination. In the context of globalization, states are constantly concerned with maintaining their comparative or competitive advantage, which takes into account the costs of complying with working conditions and social and environmental legislation. This is an economic reality. However, from a legal standpoint, the reality is different. Though states may want foreign businesses to set-up shop on their territory, this does not mean that these businesses can demand a right to more favourable production costs in the name of trade agreements ratified by the receiving

state. Investors do not have a "right" to downward levelling of social law and the national workforce. In other words, it is not trade agreements that determine the content of protections offered under national labour law, especially since they do not stipulate that signatory states reduce labour protections.

However, though the simple fact of being party to a trade agreement does not remove a state's competencies in social and labour law, the obligation to comply with trade regulations imposes on each signatory to the trade agreement a certain "conduct" that has consequences on its own domestic law. This image of conduct means that close attention must be paid to the management of a law such as the *Employment Equity Act*. Is this management equitable? Transparent? Fair? Predictable? Applied in a non-discriminatory manner to all types of business (whether under foreign or domestic control)? These questions are examined in detail in the second part of this study. Until then, they should be kept in mind, in order to better understand the importance of current debate around the amendments required to the *Employment Equity Act* and its administration.

Monitoring the Implementation of Employment Equity in Canada: Who Is Involved? What Obligations Do Businesses Have?

The *Employment Equity Act* can be described as a second-generation law in terms of the protections provided to fight job discrimination. First-generation laws are of a kind with labour laws that have an objective standard: setting the length of working hours or establishing minimum wage, for example. First-generation laws against discrimination are designed to fight discrimination based on a set of prohibited grounds for discrimination. However, laws such as the *Employment Equity Act* are far more complex. Clearly, they depend on the articulation of a standard of conduct (businesses must adopt an employment equity plan that is designed to attain a result), but to attain the desired result, the Act subjects businesses to a series of obligations, each with a different response (which numeric objectives? which positive employment measures? which adaptive measures?). In addition, validation of the desired objective (the employment equity plan) is a process that is subject to frequent administrative (and even, in some cases, quasi-judicial) interaction, which some businesses feel makes the cost and procedure imposed on them unpredictable to some extent. The EEA is subject to very few judicial controls. To comply, businesses must therefore expect numerous interactions with specialized administrative agencies.

The EEA has two components. First, businesses must submit an annual report and second, they are subject to evaluation by the CHRC. We will return to this point. The purpose of this report for HRSDC is to convey information about a business' workforce and its composition (designated groups), the comparative presence of members from designated groups and other workers by type of employment within the business, and compensation. A single form is available for this purpose.⁹ As the HRSDC Web site states,¹⁰ "*the purpose of this classification is to enable cross-business comparisons.*" The purpose is not to confirm that employment equity plans are in compliance with the Act. Over the years, HRSDC has developed a series of guidelines for the implementation of employment equity plans. Moreover, the *Employment Equity Compliance Reviews: Process and Reference Manual* adopted by the CHRC refers heavily to implementation, and businesses acknowledge the usefulness of these

directives (HRSDC, 2004b). Annual reports submitted by businesses to HRSDC can be consulted on-line, and HRSDC has developed an employment equity "advisor" function for businesses. Finally, the department can penalize businesses that fail to submit an annual report.¹¹ However, historically, HRSDC has always favoured conciliation. When the Act was revised, Neil Gavigan, former director of Labour Standards & Workplace Equity at HRSDC, explained that no business had been penalized to that date for failing to submit an annual report (SCHRDSPD, 2001). The recent five-year review of the Act¹² revealed the bias among businesses in favour of this annual monitoring process (HRDC, 2001). Annex I illustrates the business classification procedure adopted by HRSDC. This illustration is important because it represents an "objective" management model of the *Employment Equity Act*, an entirely valid management method that is, however, limited to the more formal aspects of equity.

It is very difficult to determine the importance of this classification for the businesses concerned. This has long been the only expression of a statutory obligation in this matter. What message this communicated to employers about the essentially numeric methodology supported by the questionnaire that HRSDC still monitors? Once again, the answer is not obvious, but an observation can be made. The only detrimental assessment criterion anticipated by the questionnaire is a tallying of negative fluctuations in the representation of members from designated groups (loss of sufficient presence in the workplace of members from designated groups by job category, and loss of sufficient presence in job categories and greater remuneration). Yet, as indicated by criticism in the early stages of adopting the amendments made to the Act in 1996, numbers are not the same as equality! Rather, the figures are objective and the method of determining business classification, without legal consequences by the way, is well-known. Therefore, it can be claimed that, with regard to this classification, all businesses with more than one hundred employees in Canada are treated identically, without ever being challenged as to how they are moving toward employment equity. However, this method did not produce the desired results until amendments were made to the Act in 1996.

When businesses were confronted with the requirements of the *Employment Equity Act* in 1996, they observed that the CHRC, henceforth in charge of enforcing the obligations of the Act under section 22, had its own interpretation of what constituted an employment equity plan. Indeed, the CHRC encountered a significant problem in communicating and conveying the objectives of verifying the Act when it first began the initial cycle of employment equity plans verification in 1998, as set out in the *Employment Equity Act*.¹³

The New Legal Framework and CHRC's Authority in Terms of Employment Equity

Section 22 of the *Employment Equity Act* assigns CHRC the responsibility of monitoring employers' implementation of their obligations as set out in sections 5, 9 to 15 and 17 of the Act. The CHRC shall, in discharging its responsibility under section 22(2), be guided by the policy that, wherever possible, cases of non-compliance be resolved through *persuasion and the negotiation of written undertakings* from the employer, who will take every corrective measure necessary in order to comply with its obligations. The spirit of the Act is clear. The CHRC must exhaust all means of negotiation to make it easier for a business to adopt an employment equity plan in accordance with the Act. Pursuant to section 22(2) of the Act,

the CHRC may make applications for orders (and subsequently to the Employment Equity Tribunal¹⁴) only as a last resort.

The legal and regulatory process for employment equity process is supported by an impressive array of administrative tools. In particular, we note the document framework for the *Employment Equity Act* compliance audit, which can be consulted on-line (CHRC, 2000c), and the *Employment Equity Compliance Reviews: Process and Reference Manual*, which is for auditors appointed under the *Employment Equity Act* (CHRC, 2000a). Therefore, each obligation imposed by the Act on businesses subject to it shall be interpreted legally and administratively based on a highly technical set of information that is likely to influence the result of the *negotiation* between the CHRC and employers for issuing audit certificates.

The Act, above all, provides a route for the employer to follow in adopting an employment equity plan, by adhering to each of the 12 steps established by the CHRC (and, so says the CHRC, by the Act, through businesses contest this assertion). These 12 steps include both procedural requirements (for example, consulting employees or the union) and substantive obligations (for example, analysing the employment system). Note that these 12 steps are not listed by name in the EEA, but follow from the CHRC's interpretation of the Act, hence certain objections. The compliance review process is based on the intervention of the audit or compliance officer, appointed by the Commission, and whose powers and responsibilities are set out in sections 22 and 24 of the Act. In compliance with the Act, this officer shall implement every possible means to obtain the negotiated undertakings from businesses subject to the Act, in the event that the employment equity process undertaken by the employer, and possibly the employment equity plan, itself do not, in the opinion of the officer, comply with the provisions of the *Employment Equity Act and Regulations*.¹⁵ The table in Annex II presents the 12 audit steps, but above all, it shows those steps in which the CHRC and its compliance officers can challenge the relevance and validity of a business' strategies for adopting and implementing an employment equity plan. In addition, this overview of the 12 employment equity audit steps is self-explanatory in its presentation of the qualitative and subjective elements used to assess the plan's validity.

It was a true revolution for businesses when the implementation process for employment equity plan compliance with the EEA was divided into 12 steps. When HRSDC monitored the initial Act, businesses had come to expect impersonal manipulations of figures. Our frequent communications with officials in the Employment Equity Division of the CHRC¹⁶ made it possible for us to summarize the main irritants that complicate interaction between businesses and the Commission as follows:

- The Commission's demand that Step I be redone in order to obtain more reliable data about the composition of the business workforce
- Discussions about the removal of obstacles in order to obtain a policy on equitable hiring

- Discussions about identifying the appropriate geographical and availability catchment areas for hiring, since businesses have not always identified the same recruitment zones as the CHRC.
- Determining the numeric hiring objectives to be met; a calculation of the numeric objectives was not part of the figures that businesses were required to submit in their annual reports to HRSDC, therefore, businesses were not familiar with the method presented by the CHRC.
- Identifying positive practices for ensuring an equitable representation of members of designated groups within business.
- The methods of communicating to the workforce the information on implementation of the employment equity plan.
- Contradictions between HRSDC requirements for submitting the annual report and CHRC requirements for the process of auditing the employment equity plan.¹⁷

Businesses claim that the Act does not clearly impose on them every single one of these audit steps and, as a result, CHRC auditors unduly delay the process. This criticism is particularly relevant with regard to the choice of positive practices that clearly benefit women in the workforce. This basic ambiguity in the CHRC's powers and its employment equity mandate explains the slight increase in the number of seizures by the CHRC of the Employment Equity Tribunal (CHRC, 2002a).

In actual fact, the culture of equality promoted by the *Employment Equity Act* requires that numbers be surpassed. However, the bicephalous management of employment equity in Canada (HRSDC and CHRC) causes confusion in this regard because businesses are still sending the same numbers to HRSDC in their annual reports.¹⁸ As a result, there is the confusion of the roles of HRSDC and the CHRC. HRSDC is responsible for the general implementation of the Act, and plays an advisory role with businesses regarding the preparation of audits submitted to the CHRC. The CHRC, which assumes more of a monitoring role, nevertheless has an advisory function that is difficult to reconcile with its main mandate. However, this advisory function is at the behest of businesses, which prefer to deal with the entity in charge should contradictory opinions arise with regard to the "coercive" component of the EEA.

Paradoxically, however, businesses prefer the collaboration of HRSDC and their clear and predictable obligation to submit an annual report to the CHRC audit officer. On the one hand, businesses feel that the outcome of the audit process is highly unpredictable (length, consequences, cost), and on the other hand they feel that, by interfering in the internal management of the employment equity plan, the CHRC is directly impeding the strategic management of business.

That the EEA business audit process is so slow is explained by its complexity. Consulting the annual reports related to employment equity, in particular the *2001 Annual Report*, revealed the following about audits. In total, of the 354 audits conducted since 1998,¹⁹ only 73 businesses (private and public) have attained full compliance, 127 businesses have undergone follow-up since the initial audit, which means that they have not yet attained full compliance. In this context, we can understand why the CHRC decided to devote the year 2000 to the initial auditing of businesses with more than 2,000 employees. From this information, it was estimated on December 31, 2001 that 77% of the private sector workforce had undergone at least an initial audit. Given the extent of the task, the CHRC obviously lacks resources.

Over the course of 2002, we requested and obtained 26 of the 73 audit reports completed by the CHRC, invoking the *Access to Information Act*²⁰ to obtain these documents. Approximately twenty businesses agreed to our request without reservation and, in these cases, the reports were sent to us in their entirety. We stress that, in the opinion of the CHRC, a report that has been made public is public for everyone except the party that obtained it through the *Access to Information Act*. In a few cases, the businesses concerned insisted on contacting us to explain their reluctance. They invoked the strategic nature of hiring decisions and information related to the organizational structure. In addition, they systematically cited the highly competitive nature of their employment sector (telecommunications and banking) and the protection of business decisions made under the employment equity plan.²¹ Some wanted to make sure that we were not acting on behalf of a union representing the business' workers. Except for one case, reports were subsequently sent to us in their entirety. Only the HSBC Bank of Canada maintained its objections.²²

This experience gave us a better understanding of the transactional nature that distinguishes the interaction between the CHRC and certain businesses. In some cases, and to accelerate the audit process, the CHRC immediately struck a "reasonable" agreement with the business concerned. This increases the susceptibility of businesses, which claim that intervention by the Commission is a distortion of, and an undue intrusion on, the management of their affairs.²³ Clearly, from the business' point of view, it is easier and less burdensome to submit an annual report to HRSDC than to undertake a process leading to a CHRC audit of the employment equity plan.²⁴ From the point of view of workers, however, experience has shown that it is the CHRC's role as "auditor" that has affected figures since 1996.²⁵

Results of the Recent Five-Year Review of the *Employment Equity Act*

In accordance with the provisions of the *Employment Equity Act*, Parliament recently conducted the first five-year review of the Act. HRSDC and the CHRC conducted consultations and subsequently submitted briefs to the SCHRDSPD. The following observation was made: the Act received the general support of all parties.²⁶ Therefore, the Standing Committee could not question its legitimacy.²⁷

The Act is still young and the review process had to be approached cautiously. Nevertheless, the greatest apparent tension in the briefs arose from opposition to **conciliation and court action**, as a strategy for implementing employment equity. This comes back to finding greater coherence between the technical work accomplished by HRSDC and the follow-up work that

is the responsibility of the CHRC. Second, the need to make some clarifications toward greater transparency was supported in part by the SCHRDSPD in its recommendations. Lastly, the Committee's attention was drawn to the need to relax and lighten the reporting requirements imposed on employers.

According to the Committee, the Labour Branch of Human Resources and Development Canada (HRDC, now HRSDC) should be considered the only source of technical support for public and private sector employers, and HRSDC should work in concert with the CHRC to that end.²⁸ Despite the CHRC's claims, the Committee has not yet acted on its proposal to recommend the amendment of section 22(2) of the Act, which stipulates that the CHRC may only turn to an order from the Employment Equity Tribunal "as a last resort," in other words after all possible negotiation of written undertakings between the CHRC and an employer have been exhausted. The recommendations of the Standing Committee also included slight modification of the conditions under which the CHRC could require the Employment Equity Tribunal to issue an order when an employer refuses to act on its request.²⁹ The Committee did not feel it suitable to recommend appropriate amendments to the Act so that the CHRC could turn to the Employment Equity Tribunal in cases in which an employer has clearly failed to make a reasonable effort to implement its employment equity plan.³⁰

Doubtless, the most eloquent series of recommendations in the report by the parliamentary Standing Committee's concerns the "transparency" of the process of implementing the employment equity plan in a business. Recommendations 12, 15, 19, 20 and 29 of the Standing Committee Report express such a concern. In particular, recommendation 12 reiterates the CHRC recommendation on special measures,³¹ but not recommendation 13, which proposes an amendment to the Act that is intended to clearly list the requirements of the 12 steps for implementing an employment equity plan.

Finally, continuing importance was granted by the Standing Committee to the issue of the reports that businesses must complete and the delays caused by the audit process, for which the CHRC is responsible.³² In the case of the reports, the Committee recommends reviewing a possible adjustment. A biennial, rather than annual, report with the addition of a qualitative dimension to the business reports. Clearly, this proposal is aimed at greater coherence insofar as the Committee also proposes the inclusion in the *Pay Equity Regulations* of requirements concerning special measures that are particular to the employment equity plan. While HRSDC is mandated to examine the feasibility of this improvement, the CHRC must, based on Committee recommendations, make do with fewer resources in managing an Act that, according to the Committee, does not warrant so many clarifications that are not recommended by the CHRC itself.

This quick overview shows the need for clarification to both the *Employment Equity Act* and the obligations of businesses under the Act. It is also important to clarify the mandates of HRSDC and the CHRC. The questions listed in Annex IV identify the issues for which trade commitments made by Canada could have a positive or negative impact on the required improvements.

2. FEDERAL CONTRACTORS PROGRAM

The Federal Contractors Program (FCP)³³ came into being in 1986 following an executive decision of the federal government. While the *Employment Equity Act* affects federally regulated employers, the FCP concerns all businesses, whether under federal jurisdiction or not, that receive goods and services contracts worth \$200,000 or more from the government. Obviously, these businesses must hire at least one hundred employees to be subject to the FCP. To tender a bid, they must attest, in writing, to their commitment to employment equity. The FCP is administered by HRSDC staff and by a network of employment equity officers across Canada. Contractors who refuse to fulfil their commitment to employment equity or who do not meet FCP criteria may lose the right to bid on other federal government contracts.³⁴

The FCP is a special feature of Canadian policy on government procurement. Government procurement contracting is a process by which the federal government and all federal public service agencies appeal to the private sector for the purpose of striking contracts to provide goods and services. To (1) distinguish the FCP from the *Employment Equity Act* and (2) explain how government procurement contracts are awarded in Canada, we split this part of our report into two sections: a review of the FCP, and a review of Canadian policy on government procurement contracts. We conclude the section with a focus on contracts set aside for aboriginal peoples who, although they are an interesting model, do not fit within the tradition of employment equity.

What Is the FCP?

The fate of businesses that are subject to the FCP is different from that of businesses that are subject to the *Employment Equity Act* (in this context, the legislated employment equity program). Under this program, contractors must aim for a positive and definitive audit and follow-up by the CHRC. However, under the FCP, simply their commitment to employment equity is enough, at first, to be issued a certificate³⁵ from HRSDC. Businesses subject to the FCP are under no obligation to submit annual or other types of report.

In early 2000, it was estimated that Canada had 845 businesses in the FCP. Since the program began in 1986, the total dollar amount of contracts granted to these businesses is estimated at \$40 billion. These businesses employ close to one million Canadians (HRDC, 2002). Approximately two-thirds of the businesses involved operate in Quebec and Ontario (HRDC, 2002). Furthermore, Quebec is the only Canadian province to have established a provincial program of contractual obligation (HRDC, 2002).

The assessment report requested by HRSDC in 2002 is quite clear: the FCP is deteriorating,³⁶ although no one disputes its pertinence and social utility.

Indeed it notes that the mechanisms for the audit and follow-up of program compliance are essential to the progress made in the workforce by members from the designated groups. Yet, it is precisely this follow-up that is sorely lacking from the program. In the opinion of the businesses interviewed during the evaluation study, few have a contract from HRSDC to

this end. This has been especially true since 1995, when the administrative decline of the program began.

Eleven criteria³⁷ are involved in implementing the FCP. Contractors are expected to meet these requirements to be compliant with the requirements of the FCP. Businesses that are subject to the FCP commit to a process that is different from that of businesses subject to the *Employment Equity Act*. Only businesses that are both subject to the *Employment Equity Act* and bid on government procurement contracts must adhere to the requirements of the Act. This difference in status has consequences for women, since several measures that ensure their true equality in the workforce depend on qualitative strategies that are subject to the CHRC evaluation process under the Act. In short, the link between the FCP and women in the workforce is highly tenuous. All of the benefits that women can gain from the award process for government contracts, from the standpoint of their status as workers, depend on this one federal program.

The evaluation study conducted by HRSDC in 2002 revealed interesting data. For example, the FCP had only a marginal impact on the increase in the representation of members from the "women" and "visible minority" designated groups, while this impact was positively negligible in the "aboriginal persons" and "persons with disabilities" groups (HRDC, 2002). Moreover, only 5% of contractors recently felt that the FCP had discouraged them in their pursuit of federal contracts. The evaluators themselves noted that the FCP has experienced significant difficulties since it was introduced, particularly from 1995 to 2001, which coincides exactly with the period during which businesses subject to the legislated employment equity obligation (the Act) were commanded to make major efforts. By contrast, data from the study reveal that businesses that were subject to the FCP were literally deserted by HRSDC in the period from 1996 to 1999.³⁸ To be sure, the evaluation report shows some uncontrollable factors that may at times have had an influence on the program's poor effectiveness. For example, the increased movement of company mergers or divisions led to significant fluctuations in the total number of businesses subject to the FCP (over one hundred employees). In addition, the massive transformation of work modes in some sectors led to a decrease in the total number of salaried employees, by multiplying the status of self-employed or contract workers. According to the assessment of the FCP, however, these factors do not impair its social utility.

The findings of this study reveal that, aside from the limited importance and support that the federal government gave to the FCP, two trends put a strain not only on the quality and legitimacy of the program, but also on its transparency and equity, as businesses view it. First, it must be considered that there is poor follow-up of the certificate of commitment agreed to by a business that wants to bid on goods and services contracts with the federal government. Second, even on the assumption that an annual or biennial obligation to submit a report were introduced, this would only result in recreating the existing tension between HRSDC and the CHRC in the case of businesses that are under the legislated obligation of employment equity, just as it would leave the objective of managing compliance with the desired program unmet. Moreover, major differences, in particular in effectiveness, persist between the sole obligation to report and the CHRC's audit process with businesses that are subject to the Act.

Even if businesses under the FCP were obliged to submit a report, major differences still exist between the methodology proposed by HRSDC and that imposed by the Act, such that the requirements are not equivalent. In this regard, we note the following points, as did the authors of the audit report ordered by HRSDC (HRDC, 2000):

- Unlike the *Employment Equity Act*, the FCP does not require a business to take into account the number of part-time workers when tallying the number of members from designated groups by employment category and setting the numeric objectives to be attained.
- Contrary to the CHRC's interpretation of the Act, the FCP does not require businesses to consult representative employee organizations in establishing the employment equity plan.
- The FCP includes no obligation to file a report.

This lack of equivalence between the two programs, as well as the major differences in their control and monitoring process, indicate that businesses under one or the other of these measures are subject to *separate treatment*. Still, this is not the case for all businesses, those that are subject to the *Employment Equity Act* and then entered into an agreement under the FCP must attain the objectives of the most restrictive standard, namely the *Employment Equity Act*.

Still, other comments were made concerning the opportunity to generally reduce the FCP threshold for contracts or to reduce the 100-employee requirement for the purpose of applying the FCP. Likewise, the need was mentioned to consider subjecting the sub-contractors of a main contractor to the program. However, various experiences have shown the practical impossibility of this proposal, particularly in Quebec.

Recommendation 7 of the June 2002 report by the Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities (SCHRDPD, 2002a) was telling. The Committee recommended that the Minister of Labour review the FCP in order to restructure it, and to ensure that the employment equity obligations of federal contractors *are equivalent* to those of employers regulated by section 4 of the Act.³⁹ In its response to the Report submitted in November 2002, the federal government made a vague commitment to consider such reform.⁴⁰

We feel that such reform is urgent, not only because employment equity strategies must be reinforced in Canada, but also for specific reasons stemming from the nature of trade agreements ratified by Canada, including the AGP. This argument will be developed in part 2 of this study. For the moment, we will highlight the consequences of the separate treatment reserved for various groups of Canadian businesses.

For the sake of this discussion, all of the businesses in these groups employ at least one hundred employees. The first such group includes businesses that are under Canadian control and hire in Canada. Their activities fall under federal jurisdiction. These businesses

are subject to the Act (or legislated employment equity obligation). The second group includes businesses that are under Canadian control and hire in Canada, but whose activities do not fall under federal jurisdiction. This second group is exempt from legislated employment equity obligations and need only commit to implementing this strategy if they want to bid on federal contracts. When Canadian businesses from one of these groups tender such a bid, their employment equity obligations are treated separately. The situation is the same for foreign businesses who employ at least one hundred employees in Canada. For the purposes of the separate treatment argument, these businesses can be compared not only with each other, but also with Canadian businesses. Do they have specific rights under trade agreements, in particular the AGP? All these matters would be resolved if the government agreed to carry out section 42(2) of the *Employment Equity Act*, which sets out that equivalent requirements must be imposed on all private businesses.

There are two consequences to this disparity in the status of businesses with regard to employment equity strategy: first, it risks "pulling employment equity downwards" by enabling some businesses to invoke the benefit of the least restrictive standard in the name of their business rights set out in trade agreements, and second, it has impeded the evolution and progress of women in the workforce, and could continue to do so.

We find that these concerns are all the more important since the FCP is the only place where, indirectly, gender considerations coexist with the award strategy for granting federal goods and services contracts. No consideration of this type is imposed on small- and medium-sized enterprises, as if the problem did not exist in their field.

Government Procurement Contracts and Canada's Goods and Services Procurement Policy

Principles

Within the federal public service, procurement is being increasingly decentralized, and departments and agencies are establishing their own policies for government procurement. However, Public Works and Government Services Canada (PWGSC) supervises all procurement.⁴¹ PWGSC decisions are made in light of Treasury Board (TB) policy on procurement and project management. The TB, as the overseeing department, establishes procurement policies. In other words, PWGSC oversees procurement made through government procurement contracting, while the TB supervises the main contractor.⁴²

According to the PWGSC Supply Manual, six main principles guide the Government of Canada in its procurement policy. The first and cardinal principle is governmental integrity. The five remaining principles stem therefrom: client service, national objectives,⁴³ competition,⁴⁴ equity, and responsibility. To better inform the buyer (from a department or agency) about the principles of federal government acquisitions and government procurement contracting, the government made available the manual of the client (the agency in this instance) and of the new buyer.⁴⁵ The buyer must also comply with the Standard Acquisition Clauses and Conditions (SACC).⁴⁶

The box below lists the exceptions to the principle of competition.

Exceptions to the principle of competition	
1. Emergency situations	
2. Expenses less than	\$25,000 for goods and services
	\$100,000 for hiring engineers or architects, or other services required for the planning, design, etc., of a project
	\$100,000 service contract for CIDA
3. It is not in the public interest to encourage competition	
4. A single contractor is able to complete the work	
5. Contract granted under the CLCA (aboriginal) ⁴⁷	
6. Contract granted under CORCAN (correctional services - inmates)	

Source: <http://contractscanada.gc.ca/en/chap1-e.htm#except>, accessed on June 1, 2004.

Against this backdrop exists a complex set of rules and commitments for implementing three principles that distinguish Canada's policy on government procurement, beginning with the make or buy program, whereby the federal government has chosen to reduce its basic mission to the duties it carries out itself.⁴⁸ Principle two involves respecting the rules of transparency and equity in awarding these contracts, and the final principle is to respect national socio-economic policies. The second principle, as we shall see below, is essential to compliance with the trade commitments that Canada made under the AGP or even NAFTA (chapter 10). The third principle, which promotes vulnerable groups and visible minorities, is based on two strategies: setting aside government procurement contracts, which we will examine below, and the FCP strategy (analysed above).

All of the government contracts awarded by the Government of Canada and by its agencies are subject to the bidder's obligation to demonstrate its commitment under the FCP, if the conditions apply: (1) the contract is worth over \$200,000 and (2) the bidder is a business that hires over one hundred employees.

Government Procurement Contracts and Trade Agreements

The tables in Annex V show the conditions under which rules from various trade agreements related to government procurement must be obeyed. These agreements ease restrictions on *certain government procurement contracts* in Canada, based on *certain thresholds*. In the case of agreements other than the Agreement on Internal Trade (AIT), this means that foreign bidders could be awarded contracts to provide goods or services offered by the federal government. However, only bidders who are businesses hiring over one hundred employees in Canada (which businesses could be under foreign control) must show their FCP certification if the contract awarded is worth at least \$200,000.

When awarding a government procurement contract is not subject to the trade agreements examined above, the contract is still subject, for the purposes of its delivery, to the priority principle of competition.

Calls for bids from the federal government are subject to a process that assures transparency and equity. This process is based on a certain number of rules that are uniform in accordance with all pertinent trade agreements, including:

- Proposed procurement must be announced publicly. Only urgent proposed procurement, with proper justification in writing, can be advertised for a shorter notice period in the context of NAFTA or the AGP.
- *Procurement requirements cannot be split up or underestimated* to avoid exceeding the thresholds. Agreements expressly prohibit this.
- Technical characteristics must be established based on yield, rather than on detailed design characteristics, and according to accepted international or national standards.
- An Advance Contract Award Notice (ACAN⁴⁹) must be issued for each contract that is subject to the provisions of NAFTA and the AGP.
- Client departments must provide justification when they use single sources or solicit limited bids in the context of an acquisition request.

In general, trade agreements require:

- that clear and detailed information be provided so that all bidders are aware of the requirements to be met;
- that the proposed procurement not discriminate with regard to bidders who are capable of fulfilling the contract;
- that all of the conditions be clear and provided at the time of the call for bids;
- that the terms and conditions of selection be applied uniformly for each bid submitted;
- that the mandatory technical requirements be made known.

Analysis of the principles that govern the granting of government procurement contracts in Canada, including those that are subject to the requirements of trade agreements, reveals a complete indifference to gender-based analysis. The government hides behind the FCP, although the growing importance of procurement contracts in Canada may "pull the employment equity strategy downward," given this program's poor performance. Additional consideration adds to this indifference in the case of contracts that are subject to the requirements that stem from trade agreements. Thus, in negotiating the thresholds and sectors subject to agreements, we did not feel it useful to examine *a priori* the possible consequences on the employment of women of awarding contracts to businesses that are not established in Canada and do not hire there.

The Government of Canada never intended to set aside contracts for women-owned businesses or businesses that favour female workers (such contracts would thus avoid the call for bids process and the requirements of trade agreements where applicable). This strategy was not considered from an historical viewpoint (the rules for awarding procurement contracts in

Canada preceded the striking of trade agreements) or a contemporary viewpoint (the partly reservist principle of procurement contracts for women or women-owned businesses could have been preserved during the ratification of the AGP or NAFTA, for example). In this regard, Canada preferred to fall in behind the United States without considering the fact that, in the fight against discrimination, one trend distinguishes the two countries: in Canada, it was women who led the fight for equality, while in the United States, it was racial minorities (Lamarche, 1990, pp. 73 ff). This distinction explains the historical position of the United States in terms of setting aside. "Set aside" is a strategy in which a state declares that it will set aside part of the procurement contracts for businesses from minority groups (Lamarche, 1990, pp. 108 ff). In Canada, a highly restrictive vision of this strategy was retained because the only concrete application of the equivalent of "set aside" concerns aboriginal businesses. Yet, nothing in the trade agreements compels Canada to apply such limitations. As mentioned in the introduction, a ratification note in the AGP by Canada provided that Canada be able to set aside contracts for small businesses owned by minorities.

Procurement Strategy for Aboriginal Business

In 1973, the federal government adopted a policy intended to regulate aboriginal land claims. The government's objective was to exchange claims to indeterminate aboriginal rights for a specific set of rights and advantages described in a settlement agreement (INAC, 2002a). This "exchange of rights" came to be guaranteed by a series of agreements, some particular, others signed in the context of the Comprehensive Land Claims Agreements (CLCA). In 1995, the Government of Canada adopted a new policy related to the inherent right to self-government and reviewed the methods of allocating land and resources for territories that are subject to the agreements. Under these agreements, the government is obligated to ensure that "claimant group enterprises have access to bid opportunities in the CLCSAs"⁵⁰ The Contracting Policy Notice 1996-1997 adopted by the TB stipulates that all of the departments and agencies that have contract budgets of \$1 million or more must allow for an "aboriginal quota" in that regard.⁵¹ Developing the set aside in Canada essentially depends on economic agreements that result from lengthy and sometimes difficult negotiations between the Government of Canada and aboriginals. This explains in part why no other minority group has benefited from this exception to date.

Two types of contract are set aside for aboriginals: mandatory set-aside contracts that concern all contracts worth \$5,000 or more in goods and services, and voluntary set-aside contracts, when their value is lower than \$5,000. Indian and Northern Affairs Canada (INAC, 2002b) feels that the Procurement Strategy for Aboriginal Business (PSAB) is a socio-economic tool used to respect the guidelines set out in the Government of Canada's contracting-related policies. The objective of the government's contracting activities is to procure goods and services, as well as construction services, in a way that will withstand public scrutiny of equity, openness and transparency, and will make it possible to obtain a better quality-price ratio to the benefit of Canadians. While respecting the primacy of operational needs, the Government of Canada pursues its socio-economic objectives through procurement activities. These socio-economic objectives include long-term industrial and regional development, as well as important national objectives, such as aboriginal economic development.

The PSAB applies *outside* of land claim areas, when the contract is "mainly" intended for an aboriginal population.⁵² When goods or services are not intended for a targeted area (CLCA), the decision lies with the procurement "team". In some cases (Canadian Heritage, for example), the team decided to favour the development of new business sectors for aboriginal businesses and chose the contracts as a result. Moreover, the TB assigns each department a "quota" objective that varies from year to year, based on the department's procurement policies. In accordance with the 2000 PSAB performance report, the participation rate of departments in this program did not exceed 34%.⁵³

The impact of the PSAB is generally limited because more than half of the contracts made by the government involve services that aboriginal businesses do not offer.⁵⁴ In total, between 1997 and 2000, 32,158 contracts were granted, for a total of \$378,271,000. Fewer than 10% of the contracts amounted to 80% of the total value of contracts awarded. However, the performance objectives increased for the same period (from \$78 million to \$135 million).⁵⁵

Among the identified obstacles that may explain the PSAB's poor performance, the program assessment completed in 2002 revealed the following weaknesses: knowledge of methods for marketing to the government (67%, positive response from respondents), limited knowledge of contracting procedures (67%), awareness of the markets related to federal procurement (65%); government bureaucracy and decision-making process (81%); obtaining financial investment (65%), and security requirements associated with bid tenders and contracts (62%).

Once again assessment of the PSAB revealed a total lack of consideration for aboriginal businesses run by one or more women or that hire women. Of course, this does not mean that they in no way benefit from the PSAB. But how can we be sure? This question is particularly striking when we consider that the PSAB is the only "set aside" government procurement policy that is operational in Canada.

In our view, management of the FCP and set aside government procurement contracts raise questions about increasing their effectiveness. These policies are important when they involve increasing employment of more vulnerable groups in Canada who are victims of discrimination, whether directly (the FCP) or indirectly (aboriginal businesses and aboriginal employment). The importance of such measures for women and the interests of women contractors must not be overlooked in favour of set aside contracts. For this reason, in the next section we analyse desirable improvements to these programs as a function of trade agreement requirements.

The FCP Subject to Trade Agreements: Issues for Government Procurement Policy

Treatment of businesses that benefit from Canadian procurement contracts and contractual obligation (FCP):

- Canada currently promotes a dual employment equity policy: sometimes bidders are subject to the legislated employment equity obligation, and sometimes they are simply subject to the commitment set out in the FCP. Does this dual system constitute trade discrimination? Does it meet all the transparency obligations set out in government procurement trade agreements?

Contracts excluded (set aside) from the application of trade agreements and the definition of minority group businesses:

- Currently, only aboriginal businesses currently benefit from set aside contracts, in other words, procurement contracts that are excluded from the application of trade agreements related to procurement contracts in sectors subject to these agreements. Can Canada, in fulfilling its trade commitments, broaden the definition of "minority groups" to make it compatible with the definition of designated groups set out in the *Employment Equity Act*, in particular to include women?

The need for an FCP equivalent to the obligations set out in the *Employment Equity Act*:

- Given Canada's trade commitments, can it impose on all foreign businesses that hire in Canada the obligations of the *Employment Equity Act* for the purpose of granting government procurement contracts?

3. CONCLUSION TO PART 1

As we mentioned at the beginning of this part, the shortcomings of legislated and non-legislated employment equity strategies in Canada impair women's employment equality rights. These shortcomings can be rectified. We have tried to identify the corrections required. However, given the new complexities introduced by the rules of some trade agreements, can Canada act upon these expectations without impairing its international commitments? We have also tried to approach the question of corrective action required from the angle of possible restrictions that could stem from certain trade agreements. The following part explores the issue from the opposite standpoint, by examining the pertinent trade agreements from the outset in order to answer the questions raised in this first part.

PART 2: EMPLOYMENT EQUITY POLICIES IN CANADA AND THE REQUIREMENTS THAT ARISE FROM TRADE AGREEMENTS: FOR BETTER OR FOR WORSE?

The first part of this study focused exclusively on examining the Canadian employment equity model, as if employment equity policies had not also developed in an environment affected by international trade. Specifically, we took the standpoint of Canadian decision-makers who proceeded in 2002 with an assessment of the various aspects of these policies without considering the reality and requirements posed by trade agreements. In other words, we respected the principle of reality and drew some conclusions about the need to improve the EEA and FCP, based exclusively on the Canadian reality. Employment equity policies include specific aspects with regard to the employment of women, which we attempted to highlight. Therefore, at this point in our approach, we feel that we have identified measures that would increase the effectiveness of these public policies to the benefit of Canadian women.

Using the diagnosis set out in the previous chapter, this second part of the study aims to explore the problem of the potential impact of trade agreements on "one" Canadian public policy, namely the policy related to employment equity measures. The purpose of this chapter is to go beyond the usual assertions that tend to trivialize or demonize the impact of trade agreements on women's employment equality rights. Some claim that, insofar as Canadian social and labour policies and legislation are the same for all businesses, there is no cause for concern. Canada would not lose an "ounce of sovereignty" from state trade commitments. At the other extreme, the women's movement often tends to globally denounce Canada's participation in the WTO and NAFTA, stating that this institutionalization of international trade leads to a loss of sovereignty, for Canada, and therefore, a loss of means for determining the best public policies to promote women's equality in general, and more specifically in the workforce.

This part is exclusively a case study. It does not aim to address all of the aspects that, at the time of globalization, increase the *commodification* of the employment of women and the precariousness of their living conditions. Rather, it reformulates this problem in limited legal terms. Can employment equity measures be protected, even improved, when trade agreements are made?

Despite the common grounds and principles of trade agreements, each case is particular and it is difficult to make a general conclusion about the fate of public policies for the promotion of women's right to equality without exploring the particularities of each policy.

In the case of employment equity measures and policies, we found that certain agreements to which Canada is party should receive particular attention. Thus, rather than address the general effect of principles of international economic law principles on Canadian employment equity measures, we isolated two agreements that we felt were more relevant—the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the WTO Agreement on Government Procurement (AGP). In each case, legal questions directly tied to the

permanence of legislative and administrative employment equity measures in Canada are involved. The same applies to the corresponding chapters of NAFTA. In other words, we used certain agreements that have a direct potential effect on the domestic regulations related to attaining women's employment equality. Agreements such as the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures were excluded. This agreement concerns the Government of Canada's ability to support certain activity sectors and, thus, the labour or entrepreneurship of women. It aims to eliminate subsidies that are related to the export or use of national products (section 3) and *specific* subsidies (sections 1.2 and 2) to the exclusion of those for which the granting and amount are defined by "objective criteria or conditions", "clearly spelled out in the law" and "strictly adhered to" (section 2.1(b)).

Next, we chose to isolate the matter of investments and chapter 11 of NAFTA. Acknowledgment of the fact that a Canadian employer can be an investor within the meaning of the provisions of chapter 11 of NAFTA was surprising. However, these investors have rights, and recent developments in investment rights led us to believe that they conceal formidable issues when it involves protecting the Government of Canada's competence and capacity to adopt and change public policies.

Lastly, we decided to focus on the issue of public order and trade agreements to clearly illustrate that the Government of Canada cannot break the requirements of Canadian employment equity measures and policies on those grounds. Therefore, we believe that we are facing a "public order" conflict, insofar as gender equality unquestionably expresses a value and a right that fall within Canadian public order.

Our findings are quite paradoxical. We became convinced that the requirements of the AGP, the GATS and chapter 11 of NAFTA in no way question the legitimacy of Canadian employment equity policies. The situation is quite different for the content of these policies, which must be improved in order to fulfill the requirements of these agreements. The paradox is this: while there is no indication of the Government of Canada's firm resolve to improve the EEA and the FCP according to its own "internal" political agenda, Canada's participation in the WTO and NAFTA created specific and positive demands that these programs be improved, clarified and made more transparent. Therefore, it is in some way in the name of trade agreements that the EEA, for example, should be amended.

This is the purely legal conclusion. Now, it remains to be seen whether Canada will prefer to abandon policies that are too lax, in order to meet trade agreement requirements, or improve them to retain them. Will the Government of Canada choose more or less interventionism in this regard? One thing is certain: Canada's commitment to trade agreements prohibits it from "sitting on the fence," which is a fairly good description of the current state of employment equity policies in Canada.

How can concepts such as the transparency of the public right of action be interpreted in contexts as sophisticated as Canada's, in which the right of Canadian women to equality, among other things, is not based solely on constitutional guarantees, but also on an endless

number of administrative and public mechanisms intended to promote this right? Do trade agreements create a cooling or even a paralysing effect in this regard? Methodologically, we were unable to answer this question. However, we did find answers to the previous questions. Trade agreements require that Canada make legislative changes and reform relevant public policy in order to maintain legislation and measures intended to promote employment equity. This observation technically conveys what the women's movement intuitively describes!

This part is divided into four sub-sections. The first three examine a particular trade agreement each: 1) the AGP and chapter 10 of NAFTA; 2) the GATS and chapter 12 of NAFTA; and 3) chapter 11 of NAFTA. The last section addresses the issue of public order exception and protecting employment equity measures. In each case, we relied on the diagnostic elements set out in the first chapter, and concluded that a strange coincidence existed between the "internal" finding of the need to reform employment equity measures in Canada and the "external" requirements imposed by the trade agreements that were examined. At the end of each sub-section, under the heading "What have we learned?", we grouped these findings and others, from the absence of a gender-based analysis on the impact of trade agreements on Canadian public policy.

4. TRADE AGREEMENTS RELATED TO GOVERNMENT PROCUREMENT CONTRACTS, AND RETENTION OF CANADIAN EMPLOYMENT EQUITY MEASURES

The first part of this study left unanswered some questions about the validity of employment equity measures in Canada, in particular that of the FCP, given the requirements resulting from trade agreements related to government procurement. Now, this section shows that 1) it is legitimate for a state to introduce social considerations into government procurement contracts for foreign businesses; 2) these requirements must, however, be part of the contract and concern legislation that sets out clear obligations for the businesses concerned; 3) it is therefore necessary to proceed with improving the FCP and the EEA in order to fulfill Canada's trade commitments with regard to agreements involving government procurement contracts; 4) Canada ratified government procurement contract agreements without assessing the impact of this decision on women, who benefit indirectly from jobs created when these contracts are awarded, and, lastly, 5) these agreements in no way prohibit reviewing the issue of the entrepreneurship of women and the interest of setting aside a portion of government procurement contracts and intended exclusively for them.

Government Procurement of Goods and Services and Social Considerations

Every day, governments purchase goods and services and get their supplies in various manners from the private sector. On the basis of this reality, redistributive practices intended to support minority businesses and job development for members from these groups developed with the help of government procurement contracts, particularly in North America, due to pressure from minority groups. These programs peaked in the 1970s, especially in the United States. They express national social and economic policy choices. Since government procurement contracts are major contracts, they have come under constant pressure aimed at liberalization ever since the GATT was established.

On one hand, the government and its entities see market openness as an opportunity to obtain "the best goods for the best price." On the other, bidders see government procurement trade agreements as an opportunity to benefit from contracts that are subject to more equitable and transparent tendering processes. Transparency and competition are the key to easing restrictions on government procurement. The first sub-section aims to explain why the liberalization of government procurement does not necessarily mean that states abandon the need and benefit to maintain certain national contracts for social reasons. However, easing restrictions on government procurement is progressing slowly because these contracts are at the heart of many national, security and social strategies.

Government Procurement Contracts as Part of the GATT

The AGP is a plurilateral agreement.⁵⁶ In other words, the WTO member states are not obliged to sign it. In effect, countries linked by the AGP constitute a "club" of countries that have chosen to increase the access of foreign businesses to their government procurement contracts and, to that end, lead negotiations based on a "give-and-take policy".⁵⁷ Canada is in this club, as is our neighbour, the United States. Government contracts are an important

aspect of a state's everyday life. Unlike other trade agreements, in agreements related to government procurement, the government and its entities are directly involved in a commercial transaction.

It is estimated that government procurement represents 10% to 15% of a country's GNP (Belley, 1995). In this case, government means central governments and sub-governmental or sub-central entities, such as provinces, municipalities or government agencies.⁵⁸ Of course, easing restrictions on government procurement is a very sensitive issue for a country with high export potential (Low *et al.*, 1996; Jackson, 1989). This is the situation in Canada's case. To our knowledge, a study to assess the role of jobs created indirectly and that fall to Canadian women has never been conducted in Canada.

A GATT negotiation sub-group was formed in the 1970s, and the *Agreement on Government Procurement*⁵⁹ (better known as the Tokyo Code [Reich, 1998; Blank and Marceau, 1997]), signed in April 1979, came into effect on January 1, 1981.

The Tokyo Code⁶⁰ concerned only government procurement of goods. It allowed for using dispute settlement panels (according to standard GATT procedure), but not national mechanisms for contesting procedures and the award of offers, as in the case of the agreements that followed. In Canada, the *Canadian International Trade Tribunal* (CITT) is responsible for dealing with complaints from local and foreign contractors that concern the signing and awarding of government procurement contracts. The CITT can hear complaints from the AGP and from NAFTA.⁶¹

Government Procurement Contracting in North America

NAFTA also contains a chapter on government procurement contracting. According to Muggenberg (1993), NAFTA is different from prior agreements because it is the first to include government procurement of services. In fact, NAFTA requires that the entities concerned subject procurement of service contracts worth more than the determined thresholds to the requirements set out in chapter 10 of the Agreement. To this end, the Parties use a negative list method. All services are included, except those that are explicitly excluded in the annex referred to in 1001.1b-2 of NAFTA.

Quantitatively, NAFTA has quadrupled the value of American government procurement contracts accessible to Canadians or Mexicans. However, in 1994, when the Agreement came into effect, the total value of these contracts represented only 10% of the total value of government procurement (Hart *et al.*, 1997). Once again, and to our knowledge, the impact of NAFTA's government procurement provisions on the employment of Canadian women has not undergone any particular review.

During preparatory meetings in the Uruguay Round, it was decided that new negotiations on government procurement contracting would be added to the agenda (Stewart, 1999). Negotiations were not held formally in the Uruguay Round, but rather in the context of the club of member countries of the Tokyo Code (Stewart, 1999). This specificity largely explains why most developed countries are members of the AGP.

Agreement on Government Procurement

The content of the Agreement on Government Procurement (AGP) places it between the Tokyo Code and NAFTA.⁶² First, the AGP covers services and construction services. However, this extension is counterbalanced by the fact that Members can resort to the positive list method to determine the entities concerned. That is, they are not subject to the creation of a negative list allowing for the exclusion of certain entities, as in the case of NAFTA. All Parties, except the United States, had recourse to the positive list, which decreased the quantity of services subject to the rules of the AGP and the scope of the Agreement. Moreover, financial thresholds for contracts that are subject to the rules of the AGP are much higher than in the case of NAFTA.⁶³ Recall also that, in the case of both NAFTA and the AGP, certain services are excluded from the application of agreements on the liberalization of public procurement including health services, social services and public services, for example.

To our knowledge, no study has been conducted, since NAFTA or the AGP were concluded, to determine the effect of the thresholds of contracts subject to agreements or the effect of exclusions (NAFTA) on the employment of women in Canada. This study could have addressed both the volume of jobs and the type of employment for women put at risk by liberalizing trade on certain types of goods and services procured by government entities.

We could have expected that an analysis of the effects of the liberalization of government procurement contracting on the employment of women might have been of concern to decision-makers. This omission is all the more surprising since government procurement contracting, particularly since the 1970s, has been linked to national and regional development policies, and with some social policies, including employment equity.

The Historical Function of Government Procurement Contracting

As McCrudden and Arrowsmith (1998) note, government procurement contracting has long been perceived as an effective tool to promote national economic and social policies. The setting aside of government procurement contracts for the local market was claimed to promote various social and economic objectives. These policies include decreasing the rate of accidental or structural unemployment in given regions, promoting access to employment for members of minority groups, gender equality in the workforce and, lastly, promoting local businesses and those belonging to members of minority groups (McCrudden *et al.*, 1998).

Yet, there seems to be a conflict between the objective of liberalizing government contracts (openness to foreign businesses in order to determine the best offer and best price) and promoting regional development and national and local social policies. In the doctrine, this problem was identified as "secondary policies" related to government contracts. In other words, it is not essential to respect these policies in order to perform the contract for which an invitation to tender was issued by a government entity. The expression "secondary policies" is questionable because, although "social" considerations can be secondary to contract requirements, they most certainly are not secondary to the merits of strategies determined by the state and that vitally concern a country's social and economic

development. This is why we prefer to use the expression "social considerations" instead of "secondary policies."

Furthermore, the problem of social considerations must be distinguished from that of exceptions established by a Member State of the Agreement. Reasons of national security, public policy or "philanthropic" promotion enable a state to shield some contracts from the application of agreements.⁶⁴ "Social considerations" must also be distinguished from the choice of certain states to reserve the right to award government procurement contracts that otherwise would be subject to agreements, in order to offer them to more vulnerable groups in society. The expression for this is *set aside*. Here, a note is attached to the ratification of the Agreement indicating the states' intention to set aside such contracts. To that end, the state completely excludes the application of the Agreement to such contract offers rather than submit them to the requirements of national social considerations. This is the case of PSAB in Canada.

By definition, contracts set aside contravene the spirit of agreements to liberalize government contracts. Not only do they deprive contractors of market shares, but they also evolve in a highly volatile political and economic environment that frustrates these contractors from the standpoint of their reasonable hopes. They also destabilize exchanges between Agreement partners. Resorting to this strategy peaked with the United States.⁶⁵

Canada has a fairly bleak attitude toward the set aside, given the protectionist attitudes of the United States. Ideally, it hoped that the American set aside rules would be lifted. Insofar as this is highly improbable, Canada reacted by refusing to expand its commitments, and by very timidly using the set aside on its own market. We will return⁶⁶ to this point because this attitude could have consequences on the entrepreneurship of women and on the employment of women in Canada.

The Case of the United States

For a better understanding of Canada's "market" position, we must briefly recount the complexity of the situation in the United States, which in the opinion of several authors, is far from respecting the terms and spirit of effort to liberalize government procurement. Two government contracting regimes govern the American federal entities. The first regime applies to countries with which the United States has signed a free trade agreement (including Canada, Mexico and Israel), to countries that are Parties to the AGP, to member countries of the Caribbean Basin Initiative and to developing countries designated by the president of the United States. In these cases, the *Trade Agreement Act* provides for the non-application of the *Buy American Act*. However, there is one exception in the case of the *Small Business Act*. In the case of all other countries, government procurement contracting is subject to the provisions of the *Buy American Act*.

The *Small Business Act*⁶⁷ tries to promote the interests of small enterprises, of certain disadvantaged groups, and of disfavoured zones in the United States. Among its many measures, we highlight the following three:

- In government procurement worth between \$2,500 and \$100,000, and when two or more businesses have submitted a tender, the contract is automatically set aside for a small enterprise. Depending on the sector, small enterprises hire between 500 and 1,000 employees, this definition of "small enterprise" clearly distinguishes the Canadian economy from the United States economy.
- Small enterprises owned by certain disadvantaged groups (veterans, blacks, hispanics, aboriginals, women) can obtain assistance from the state when they receive a subcontract that derives from the award of a government procurement contract.
- Lastly, some historically disadvantaged development zones (HUB zones or Historically Underutilized Business Zones) are also entitled to some considerable advantages. In fact, an entity can conclude a contract with a business operating in one of these zones by using the set aside or designated contract procedure (without an invitation to tender) for purchases of up to \$5 million in the case of industrial goods, and up to \$3 million for other types of procurement.

More recently, literature has emerged that is devoted to analysing the FASA reform (*Federal Acquisition Streamlining Act* of 1994) introduced by the Clinton government. Designed to simplify the complex and rather nebulous award procedure for government procurement contracts in the United States and to increase speed and transparency, FASA makes it possible to sidestep government procurement attribution rules by using the strategy of creating main agencies that manage and conclude "subcontracts" (Schooner *et al.*, 2003, Schwartz, 2002), based on a set rate.

The "deviant" reputation of its American neighbour justifies Canada's caution in the openness of "its" government procurement contracts, particularly when NAFTA rules are concerned.⁶⁸ Thus, we note the existence of historic tension between the social aspect and the trade aspect in government procurement contracting. Moreover, no one would be tempted to liken this tension to the usual debate surrounding the protectionist nature of certain national economic policies. However, the scope of these government procurement agreements remains limited (combined effect of exclusions, contract thresholds, exceptions and set aside), certainly in Canada's case.

From the standpoint of Canadian women's interest in benefiting from the social aspects of government procurement, particularly the effects of employment equity, the acknowledgement of the limited scope of these agreements is somewhat reassuring because the negotiation surrounding the scope of the AGP and chapter 10 of NAFTA in Canada did not take into account the impact of government procurement on the entrepreneurship and employment of women. To understand why it would be helpful to conduct a gender-based analysis of the impact of opening Canadian government procurement contracting on the specific social policy that is employment equity, obviously a closer look at the content of these agreements is necessary.

A Review of the Regulations for Easing Restrictions on Government Procurement: AGP and NAFTA

The doctrine (McCrudden, 1999) generally presents agreements that allow for regulations related to the award of government procurement contracts as a function of the desired objectives of such agreements. Despite the many restrictions on liberalizing government procurement contracting maintained by states, these rules are aimed mainly at transparency and equality in selecting and awarding government procurement contracts when domestic and foreign businesses bid competitively. The purpose of this sub-section is to present these rules in a highly schematic fashion by referring as necessary to the provisions of the AGP and chapter 10 of NAFTA. Understanding this reference material is essential to a better understanding of how these agreements attempt to liberalize government procurement by prohibiting practices that would produce discriminatory effects between the two business groups. These regulations concern procedures for selecting and awarding government procurement contracts.

Technical Specifications

Pursuant to articles VI of the AGP and 1007 of NAFTA, an entity that announces a bid must limit the specificity of this bid to the technical dimensions of the desired product or goods. In other words, the AGP and NAFTA prohibit invitations that contain aspects or information that is hidden, that is incomprehensible to foreign businesses or superfluous for performance of the contract offered. Such practices could impair the principle of competition between bidders and constitute an obstacle to trade.

Discrimination-Free Tendering Procedures

Under article VII of the AGP and article 1008 of NAFTA, government procurement tendering procedures must be discrimination-free (between domestic and foreign contractors) AND compliant with Agreement requirements. These requirements are set out in sections VIII to XIII of the AGP. They concern the qualification of contractors, procedures for inviting bidders, selection procedures, presentation techniques for submitting bids, providing bid-related documentation and, lastly, awarding the bid. Specifications related to the qualification of contractors and to awarding contracts are important for our purposes.

Contractor Qualification

Section VIII(b) of the AGP⁶⁹ stipulates that bidding procedure qualifications be limited to those that are indispensable for ensuring that the business is capable of executing the contract in question. Participation conditions imposed on contractors are not less favourable for contractors from other Parties than for domestic contractors and do not discriminate among contractors from other Parties. This return to trade agreement principles (domestic treatment and the benefit of advantages offered to most favoured third-party nations) indicates to expert writers that this document is much too specific to subject the right to tender to conditions other than those needed to execute a contract (obtaining an employment equity certificate, for example). The text of article VIII of the AGP (and sections 1007 to 1015 of NAFTA) provides no clear indication of the possibility for a state to impose, at the bidding or selection stage, foreign or secondary conditions on the quality of contractors for the purpose of executing the contract. In Canada, this raises the question of the legitimacy of requiring the bidder, a business operating in Canada, to provide proof that it has obtained an

employment equity certificate issued by HRSDC. Another aspect of the AGP creates a similar controversy.

Government Procurement Contracting and the "Purity" Principle

Section XIII(4)(b) of the AGP⁷⁰ provides that the entity shall make the award to the tenderer who has been determined to be fully capable of undertaking the contract and whose tender, whether for domestic products or services, or products or services of other Parties, is either the lowest tender or the tender which in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation determined to be the most advantageous. McCrudden (1999) suggested that an honest review of this clause would not lead to the conclusion that the recommended model is based on the economic purity principle, in other words, the principle according to which only the best financial proposal must be accepted. However, he adds, the tenderer's capacity to undertake the contract, just as the evaluation by the entity of the most advantageous tender, may include public policy considerations, in the matter of environment, for example (McCrudden, 1999). According to McCrudden (1999), the AGP includes no presumption that social requirements attached to government procurement contracts are inadmissible or invalid. Arrowsmith (2003) is much more reserved in this regard.

From this very brief presentation of AGP regulations, the following points are important for our discussion: 1) there are indications that conditions imposed by an entity at the time of tender must be distinguished from those imposed by the entity when determining the terms of the government procurement contract; 2) the AGP text, like chapter 10 of NAFTA, is unclear with regard to imposing "social" conditions on a bidder on government procurement contracts; 3) one thing is certain, the AGP does not exclude the possibility that, when an entity awards a government procurement contract, considerations other than those based on the contract price and technical competence of the contractor can be involved.

The Case of the Agreement on Internal Trade

In this context, it is interesting to compare the content of the AGP to the content of the Agreement on Internal Trade (AIT).⁷¹ Article 500 of the AIT, the first provision of the chapter reserved for internal government procurement, sets out the application of these contracts in article 404. According to this provision of the AIT, a reasonable restriction on the rules for liberalizing procurement contracts is legitimate if it is based on a government objective that is also legitimate. Article 200 of the AIT provides that affirmative action programs for disadvantaged groups (200 g) constitute such measures.

The specific inclusion of this exception advantageously distinguishes the AIT from the AGP or from NAFTA by explicitly setting out that affirmative action programs are acceptable grounds for discrimination in awarding procurement contracts in Canada, unless their use is deemed abusive or discriminatory.

We have presented the content and context of Canada's commitments to liberalizing government procurement, and now return to the topic of our case study—reviewing the Canadian employment equity model. We are not claiming that employment equity requirements have been the target of any formal complaints from contractors in Canada likely to benefit from the rights to which they are entitled in this regard under the AGP.

and NAFTA. The reason for this is quite simple: the current FCP is not a threatening or demanding program. However, we and others believe that this program must be strengthened. Does the AGP allow such improvements? If so, does the AGP impose conditions on the development of the FCP? If so, what impact would these requirements imposed *externally* have on Canadian women? There is argument that the issue is theoretical, but it can only be theoretical because Canada does not engage in systematic analysis of the impact of trade policies on national policies that favour women.

We begin by concentrating on the Canadian "social policy" that the FCP constitutes, because this is a program imposed on government entity contractors. Then, we thoroughly review the scope of the set aside that Canada recorded as an exception in ratifying the AGP and NAFTA. In the first case, we will examine whether Canada can, as recent assessments of this program have suggested, strengthen the FCP without impairing its international trade commitments. In the second case, we will look at which strategies Canada can consider in order to examine a broadening of the impact of the set aside, from the standpoint of women. Lastly, we try to determine how Canadian women can avoid missing the next international meeting in which Canada will be asked to review or determine the limitations of liberalizing government procurement contracting.

The purpose of this study is much more specific than certain issues addressed by the literature and that mainly address the question of whether an entity can impose social requirements extraterritorially on subcontractors (for example, complying with occupational health and safety rules in the country from which the "imported" good or service originates for the government procurement contract). The case study is based on findings shared by all—the Canadian employment equity model is useful and necessary, but must be strengthened, in particular in the case of the FCP. This model is also necessary for promoting the employment of women. The situation is different for set aside contracts. We must determine whether Canada's trade commitments in relation to government procurement prevent Canada from promoting the entrepreneurship of women in Canada by awarding contracts set aside for a group that is deemed to be socio-economically disadvantaged.

Government Procurement and Canadian Employment Equity Policies

Canada seems to have been cautious about the requirements posed by government procurement trade agreements, first, by specifying which entities are excluded from the rules related to government procurement in the AGP and NAFTA, and second, by exempting those businesses that submit bids and provide goods and services to Canadian entities from a territorial point outside of Canada from the requirement of obtaining an employment equity certificate issued by HRSDC. In doing so, Canada seems to have gotten in line behind Arrowsmith (2003), who pleads in favour of such a strategy.

The liberalization of government procurement contracting has consequences on the number of businesses that are subject to employment equity requirements, because it leads to the possibility that a growing number of government procurement contracts will be granted to contractors operating abroad. Note once again the absence of any analysis on the impact of these decisions to ease restrictions on the true effect of Canadian employment equity

programs. As the number of foreign contractors for Canadian entities increases, the impact of the FCP lessens. Further, the choice of not imposing the employment equity certificate requirement on contractor businesses located abroad does not completely resolve the issue of the dual regime⁷² to which Canadian businesses and Canadian businesses "under foreign control" are subject. We are moving toward an examination of the consequences and potential of this asymmetry.

However, before addressing this more technical issue, we would like to delve further into the matter of social policies as a requirement stemming from government procurement contracts. We will see that the spirit and letter of government procurement agreements pose conditions that, ironically, impose on the Government of Canada the obligation of acting on the most recent recommendations made by various Canadian institutions that recommend improving the FCP. Canadian women can only benefit from such improvement.

Employment Equity Measures and the Legitimacy of Social Considerations in Government Procurement Contracting

Since the authors are interested in the issue of integrating social policy requirements into government procurement contracts and the legitimacy of these requirements in the context of trade agreements related to government procurement contracting, they conclude that the answer is not definitive. One fact remains: they are all guided in their thinking by the European model. Still, even European directives on government procurement contracts do not address the issue directly. The first European directives regulating government procurement contract procedures emerged in the early 1970s.⁷³ While they go further than the AGP in liberalizing these contracts, they nonetheless remain subject to the principles set out in the Treaty Establishing the European Community, which integrated broad swaths of social policy with the signing of the Treaty of Amsterdam.⁷⁴

Provisions in favour of promoting women professionally in government procurement contracts are not prohibited by the rules of the Community and affirmative action measures are even encouraged by various articles of the Treaty of Amsterdam (Tobler, 2000). For example, since the 1997 Amsterdam review, article 141(4) of the new Treaty establishing the European Community has set out that "with a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers." We also cite the second Directive on Equal Treatment,⁷⁵ and more particularly article 2(4) of that Directive: "This Directive shall be without prejudice to measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women's opportunities in the areas referred to in article 1(1)."⁷⁶ As in the case of Canadian law, affirmative or proactive employment equity measures are legitimate in European Community law.

Situations in which national legislative measures required contractors of public entities to employ local labour, material, goods or equipment⁷⁷ were initially deemed by the Court of Justice of the European Communities (CJE) to be non-compliant with European law and with European trade agreements related to government procurement. In the case of Italy, the

CJE rejected the claim that these considerations could be included in the exceptions of "public policy, public security and public health," set out in articles 56 and 66 of the European Community Treaty.⁷⁸

There arose the issue of determining whether the government procurement contract selection and awarding process and the related criteria should be based only on the requirements explicitly set out in the Directives (qualification of the contractor or technical capacities, for example). Some authors, including Tobler (2000), felt that the directives allowed entities some leeway. That is, they are not exhaustive regarding the criteria that may be taken into account to determine the most economically advantageous offer.⁷⁹

In fact, community law is not clear on this point, particularly because the issue of social requirements in government procurement contracts is not explained in the Directives related to awarding these contracts. The CJE has nevertheless expressed a favourable opinion on the introduction of these "social clauses" into government procurement contracts, as in the *Beentjes* affair,⁸⁰ among others. In *Beentjes*, the CJE validated the contractual conditions that are not set out in the European Directives on government contracts. This stipulation states that the contractor should hire at least 70% of long-term unemployed individuals, using national placement services.

McCrudden⁸¹ concluded that the European directives related to government contracts should not be considered a complete code. The directives are intended to form the basis of the technical and procedural requirements that address certain aspects of the bidding procedure, but these directives leave all discretion to the entities regarding the bids they accept and the conditions they impose on contractors. Bids could therefore be rejected for an anticipated failure to fulfill a particular objective specified by the entity, including a social objective. Tobler (2000) concluded that a "category of additional specific conditions" was possible, that affect neither the contractor's personality nor its technical capacities, but that may be involved in awarding a government procurement contract, yet without favouring or discriminating against certain contractor categories.

This is the position that the European Commission adopted in 2001 when, following the 1998 Commission Communication entitled "Public Procurement in the European Union," it published an Interpretative Communication on the Community Law Applicable to Public Procurement and the Possibilities for Integrating Social Considerations into Public Procurement (EC, 2001).

Contractual conditions with a "social objective" can therefore appear in government procurement contracts as long as they 1) do not limit the candidate selection stage to the benefit of "national" contractors, and 2) do not discriminatorily deprive businesses of other Parties from having access to the contract. Thus, once the contract is awarded and the social provisions revealed, proceedings could be instituted against contractors that, do not consider this "social" condition in performing the contract. The Commission seems to favour introducing contractual conditions when contracts are awarded under the criteria of the "most economically advantageous" contractor.

Given the general ambiguity of the texts, this position seems possible. As a consequence, policies that are secondary to fulfilling a government procurement contract should be imposed only on businesses located in the jurisdiction of the offering entity and be included as a condition in the contract.

The Canadian Employment Equity Program and Foreign Businesses

Very often, documentation related to government procurement contracts compares contracts awarded outside of the country to those awarded and fulfilled in the state of which the offering public entity is a national. We have already noted that Canada had adopted a cautious attitude in this regard. Employment equity measures (under the EEA or pursuant to the FCP) concern only businesses established in Canada that hire in Canada when they bid on government contracts. In response, some have said that there is nothing more to consider and that these businesses operating in Canada and governed by Canadian law must simply be treated as Canadian businesses, which would exclude any comparison between "domestic" Canadian businesses and other businesses "under foreign control." However, the misleading aspect of trade agreements complicates things. For example, article III of the AGP⁸² extends the benefit of non-discrimination in government contract awarding to the contractor established on the entity's territory, independent of the degree of foreign control or participation in this business.

In the first part of the study, we described the fate of the entities, services and thresholds of government procurement contracts excluded from the application of the AGP and NAFTA.⁸³ In the case of this type of call for tenders, bidding businesses cannot claim any specific right from government procurement trade agreements. In other words, employment equity, in any form, cannot be a factor of trade discrimination in the case of these businesses when they submit bids on goods or services contracts offered by entities that are excluded from the application of the agreements, or when they submit service contracts that are excluded due to their nature (health and social services, for example) or due to the amount of the contract offered. For a large part of government procurement contracts, Canada's competence to tighten legislative or administrative employment equity and government procurement requirements is therefore fully intact.

Let us now focus on these "Canadian businesses under foreign control" that, although they are subject to Canadian policies, including those related to employment equity, nonetheless have rights under the AGP and NAFTA. Approximately 800 various Canadian businesses are in the HRSDC, which is designed to attest to the presence of an employment equity commitment certificate. Approximately 400 of these businesses are governed by federal law because they exercise activities under federal jurisdiction. It would have been tedious, but possible, to determine exactly how many of these businesses are Canadian businesses "under foreign control." Would this have been helpful? We prefer to say that there are approximately 800 businesses in Canada that are likely to submit bids on government contracts and that, from the standpoint of employment equity social policy, these businesses are not all equally situated. Their common ground is status as a Canadian employer hiring more than one hundred employees. This makes them significant entities from the standpoint of the employment of women.

We are not trying to claim that, as things stand, businesses that are not subject to the EEA would have some reason to complain. We have shown that their obligations are both formal and minimal. We have also shown the urgent need to rectify the obligations tied to the FCP. It is within this spirit of reform that certain questions can be posed with regard to the AGP and NAFTA. Can additional obligations be imposed on Canadian businesses "under foreign control" when they submit bids for government contracts and are not subject to the EEA?

Businesses "under foreign control" that are not under federal jurisdiction must prove that they have obtained an employment equity commitment certificate to have access to Canadian government procurement contracts. This certificate is issued by HRSDC without further formality or condition of progress in fulfilling the objectives of employment equity. Recently, the possibility was raised of subjecting at least these businesses to the obligation of reporting on their progress (SCHRDPD, 2002a). In this scenario, failure to report would result in suspension of the commitment certificate. In actual fact, this certificate gives businesses (whether under foreign control or not) access to the government procurement bidding process. Thus, suspension of such a certificate would deprive businesses established in Canada, but under foreign control, of their right to an AGP-compliant process. This procedure infringes upon the spirit of the AGP. It amounts to a qualification condition for contractors to participate in the bidding process, and does not concern their technical capacity to submit bids.

In developing proposals to strengthen the FCP, the SCHRDPD never considered the fact that some Canadian businesses are also "Canadian businesses under foreign control" and that they therefore have specific rights, including not being dismissed as a contractor for social considerations, based on the type of government contract involved. Trade requirements from Canadian trade commitments did not "trickle down," nor were their effects anticipated when they were established.

The EEA states that businesses governed by the EEA and those subject to the FCP should have the same employment equity obligations.⁸⁴ The EEA recommends, in part, an answer to the above problem. The origin of section 42(2) of the EEA has nothing to do with the AGP. Developing it involved finding a maximum use of the contractual obligation model imposed on bidding companies. Discussions on this measure in no way took into account the problem of businesses under foreign control. During trade agreements, however, the reasons why the government should act on section 42(2) of the EEA are no longer strictly local. Therefore, this is a case in which requirements stemming from trade agreements indirectly favour women, who would only benefit from a strengthening of the FCP.

The combined effect of the AGP and requirements from the Canadian employment equity program is simple. All of the businesses submitting bids for federal entities must expect to be contractually obligated to comply with the EEA. Insofar as all of the bidding businesses would have the same obligations, Canada would be recognizing the use of social policies in government contracts, and favouring Canadian women in the workforce. However, the recent assessment of the EEA and the FCP reveals that all of the businesses are reticent to use such a solution. They increasingly describe employment equity as an onerous, costly, lengthy and unpredictable process (HRDC, 2002). Therefore, the issue of social policies

attached to government procurement contracts is not simple, whether from a political or economic point of view. Given their rights, to what intensity of obligation is the federal government willing to subject bidding businesses that are Canadian, but under foreign control?

If the laxness with which the FCP has been managed to date is any indicator of the future, this program could succumb to the requirements of the AGP or NAFTA, not because such measures are prohibited, but rather because these agreements increase pressure on second generation programs (proactive measures) designed to promote employment equality, in particular the equality of women in the workforce. Needless to say, broadening the list of government entities subject to these agreements in any way would only exacerbate the problem. This problem also draws on another phenomenon raised from reviewing NAFTA chapter 11 related to investments. This phenomenon is the "chilling regulatory effect" of trade agreements, which is always a struggle to demonstrate (Appel Molot, 2002). The Government of Canada chose to exempt from the FCP foreign businesses (located abroad) who bid on government contracts. It did not have to consider the other part of the equation because the FCP is not, to this day, a restrictive program and businesses are largely satisfied with it. If we suppose that the population still requires that this social program be strengthened, the question shifts, because "the international restrains the national" to very specific procedures in this regard.

Another aspect of the problem must also be considered. McCrudden suggests that to retain social policies such as EEA in the context of government procurement contracts, the contracts themselves must explicitly set out the commitment of bidders to comply with certain laws. So the transparency of the government contract awarding process is not impaired, the author proposes the stipulated contractual conditions be limited to direct legislation as opposed to secondary legislation, such as EEA. Direct legislation means legislation that imposes objective obligations on employers, such as respecting minimum wage and set working hours, and prohibiting discrimination. Canada forms part of this group of countries that can pride itself on having gone past the stage of first generation equality legislation. However, proactive employment equity legislation, which is one example, is not direct legislation in regard of the AGP. Not only does proactive legislation require a high degree of involvement from a business, but it entails intense negotiation between the business and the agency responsible for compliance with legislation, to verify that the desired objectives of the EEA are being met. If, in terms of employment equity, the Act provides for development, the response has not been uniformly good. Canadian employers are already complaining about the ambiguities and complexities of this Act. Pressure placed on this type of legislation would only be increased by the requirements stemming from trade agreements that highlight transparent trade procedures. Therefore, to protect employment equity policies in Canada and to meet the requirement for transparency that distinguishes the AGP and chapter 10 of NAFTA, the content of the EEA regarding businesses' obligations must be clarified so employment equity obligations are made explicit and more objective.

The Set Aside

We have seen that the AGP and NAFTA contain specific exemptions that countries have inserted. Canada has set out that these agreements will not apply to contracts set aside for

small enterprises and businesses owned by minorities.⁸⁵ We have also seen in the first part of this study that only aboriginal businesses currently benefit from this exemption policy (PSAB) in Canada. Lastly, we noted that this policy was recently revised. The findings confirmed the legitimacy and usefulness of this program and revealed that a number of efforts should be approved to increase its visibility and scope. According to DFAIT, the scope of the set aside has never been assessed since NAFTA came into force. In this context, DFAIT representatives have mentioned the lack of interest from small non-aboriginal businesses to be governed by this kind of exemption program. However, it is not known whether the problem of small and very small businesses owned by women was considered.

In all cases, DFAIT maintained that the wording of the exemption from Canada would not prohibit such developments if programs for women were designed with meticulous care, which is no doubt what distinguishes the PSAB. It determines specifically what constitutes an aboriginal business, how federal departments and agencies can choose to set aside a contract for these businesses, how businesses are informed, how they can submit a bid and how the contract is awarded.⁸⁶ Consider also that a good number of government contracts in Canada are not subject to trade agreements, and businesses belonging to women could benefit from them. In the case of the United States, the *Small Business Act* firmly sides in favour of businesses owned not only by minority racial groups, but also by women. This *a fortiori* includes small businesses owned by women from racial minorities. The exemption noted by Canada does not exclude this assumption (small businesses and businesses owned by minorities).

What Have We Learned?

Canada and the Negotiation of Government Procurement Trade Agreements

Canada does not have a mechanism for inter-departmental, inter-governmental or joint (government-businesses-civil society) consultation to grasp the impact (neutral, positive or negative) of international trade commitments on Canadian social policy. Thus, HRSDC has not been approached in this regard, nor has it deemed acting of its own accord necessary. The same situation applies for the CHRC. The Government of Canada's concern seems to be limited to considering the economic impact of these trade commitments.

The Absence of Gender-Based Analysis

In the overall logic of opening government contracts, the general impact on the volume of jobs in Canada has been considered. However, these considerations have not been broken down. Thus, the complex issue of interactions between 1) the inclusion/exclusion of entities subject to such agreements; 2) the bid thresholds for government contracts in the agreements; 3) the nature of government procurement contracts; 4) the relationships between contractors and sub-contractors; and 5) the ratios between national entrepreneurs and those "under foreign control" has an impact not only on the total volume of employment of women in Canada, but also on the nature of these jobs and the protections from which they benefit. Which Canadian businesses "under foreign control" benefit from rights under the AGP or NAFTA? How many employees do they employ? Are they sectors of primarily female employment? Non-traditional sectors? Sectors in which the CHRC hopes to establish employment equity requirements more firmly? In short, for which "issues related to the employment of women"

are employers that submit bids on government procurement contracts and are under foreign control in Canada responsible?

The Applicability of the Set Aside to Businesses Controlled by Women

Since NAFTA was concluded, the issue of the set aside strategy in favour of Canadian businesses controlled by women has not been considered. Only the general issue of using the set aside intended for small Canadian businesses has been examined to date, with the conclusion that these businesses are not interested in such contracts. As in the case of the PSAB for aboriginal businesses, it is not impossible, or prohibited, to consider implementing such a strategy targeting businesses run by women, on the condition of course that its limitations and access conditions be clearly defined. We believe that the Government of Canada should examine the issue to the extent that the volume of government contracts awarded to foreign businesses or businesses under foreign control is expected to increase in the medium term.

Improving the FCP

We have explained why, in its current form, the FCP and its management do not meet the requirements of the AGP and NAFTA with regard to businesses and entities that are subject to government procurement contracts or those that benefit from rights under these agreements. We noted that this "local" consideration did not receive sufficient attention when the FCP was reviewed in 2002, in particular because the "trade" and "social" spheres did not benefit from the mechanisms for dialogue that are required for a review of Canadian social policy for compliance with the requirements that stem from international trade commitments. This lack of interface leads to negative consequences for women, as a group designated by employment equity measures.

Amendments to the Employment Equity Act

Amendments of the EEA are required to clarify the obligations of Canadian businesses that are subject to it and to validate, by direct reference to the EEA obligations, the commitments of businesses under foreign control that employ in Canada and benefit from government contracts. To answer the questions posed in the first table in the first part of this study, we note that nothing in government procurement agreements limits the federal government's ability to proceed with such amendments. *A contrario*, failure to make the required clarifications to the Act regarding business obligations could impair the government's capacity to compel businesses under foreign control to implement employment equity by using supplementary conditions taken directly from the Act and integrated into the contract. In the case of Canadian employment equity measures, we should avoid having those who are involved succumb to regulatory paralysis failing to improve the Act or the FCP.

And the Free Trade Area of the Americas?

Nothing indicates that any aspect of the above analysis was changed during Canadian proposals related to the Free Trade Area of the Americas (FTAA). In this last case, however, the government could remedy the absence of gender-based analysis by asking the departments, institutions and agencies involved to explore the possible impact of these proposals on employment equity policies that favour Canadian women. This task would primarily concern HRSDC and the CHRC.

5. THE GATS AND EMPLOYMENT EQUITY MEASURES IN CANADA

When a state is party to an agreement to liberalize trade, this does not mean *a priori* that it is stripped of its social, economic or environmental competences. This myth can only be deconstructed by case studies that must go beyond figures that relate to the total volume of jobs created or lost.

The object of our study concerns solely Canadian businesses and foreign businesses that have a trade presence in Canada and are therefore subject to Canadian legislation. The issue could be approached by asserting that WTO trade agreements do not affect the application of the EEA in any way, insofar as it is applied in the same way for all of these businesses. Yet this assertion would, once again, overlook the fact that these same agreements assume that states behave in a certain way in the administration of national legislation and policy. This behaviour is guided by the obligation to not maintain standards and practices that would create discrimination between Canadian and foreign businesses. This first requirement will guide our examination of compliance, not only with the EEA, but also its administration in trade agreements, in particular the General Agreement on Trade in Services (GATS⁸⁷). A closer look at the issues raised by this initial question reveals that it must be refined, since it is rarely the case that all of the sectors, goods or services produced, imported to or exported from Canada are fully subject to the ground rules of WTO agreements.

Therefore, each issue must be considered on the basis of this variable. For example, it is not the total volume of jobs for women that is concerned by liberalizing services. In fact, the complex, but very interesting, structure of the WTO GATS provides the Government of Canada with crucial leeway in this regard.⁸⁸

This sub-section concerns the GATS. Why?⁸⁹ First, because the GATS is a symbolic WTO agreement. The GATS is the WTO trade agreement through which rules for liberalizing services were introduced to international economic law. The link between the employment of women and the service sector no longer needs to be demonstrated. Moreover, not only is the volume of jobs in Canada increasing in these sectors, but so is the volume of jobs for women. The precariousness of the employment of women is also increasing in this sector. Second, the GATS is a complex and, to some extent, exceptional agreement. We will see that the specific commitments to which a country agrees, if stated in great detail, can make it possible to resolve issues related to national policy and values, and to the requirements of liberalizing the exchange of services. Third, the concept of trade discrimination against businesses on which the GATS confers rights is subtle. It concerns "measures" taken by states that affect trade in services. Last, the complex nature of the GATS serves as a useful example in favour of arguments to introduce gender-based analysis into Canadian policy, to determine the impact of trade agreements on national policy and on Canadian women.

Recall for the moment that the Government of Canada, when establishing its Schedule of specific GATS commitments, took for granted that the GATS would in no way affect the "universality" of the labour regulations, legislation and policies that apply to all businesses operating on Canadian soil. How can this universality be assumed *a priori* when the

GATS confers rights on foreign businesses operating in Canada, particularly with regard to the non-prejudicial nature of these measures affecting trade? How can we assume that this requirement does not include specific consequences in the case of vulnerable groups and women? Our case study enables us to address such questions in practice. This does not mean that the conclusions will be negative, but more simply that a rule of caution must be introduced in this regard. The unpredictable effect of trade agreements is particular to them. In some way, they are "larger than life."

Canada's social and labour law is extremely sophisticated. Moreover, it has entered a proactive phase from which Canadian women benefit. In the case of the EEA, as one example only, we can ask whether businesses that are not accustomed to such practices and requirements find cause to complain. Employment equity and the EEA cause much gnashing of teeth (HRDC, 2002). Simply because formal complaints did not take shape does not mean that the question is purely theoretical; on the contrary, institutions responsible for administering the EEA hear this discontent and suffer the consequences of it daily.

Having reviewed the GATS rules and trade discrimination, we considered above the consequences of these rules on the EEA, in particular its administration, in order to support the proposals in the final chapter of this study.

The GATS: Trade in Services and Methods of Service Delivery

Trade in Services and Measures that Affect This Trade

Article I of the GATS states that this Agreement "applies to measures by Members affecting trade in services."⁹⁰ In other words, this agreement does not apply to services, but rather to the measures that affect services.⁹¹ This formulation is important because it was used to broaden the scope of the Agreement.

As a result, imported goods that are also accompanied by delivery and distribution services, or the importation of which concerns primarily goods and not services, benefit from the GATS rules regarding the services that these operations involve. In other words, no measure is excluded *a priori* from the GATS. Keeping in mind the EEA and its application, we note that the CHRC to date has been unable to identify, among the businesses subject to this Act, how many of them are Canadian or foreign businesses that provide, distribute or import services, whether primarily or incidentally. However, and as an example, in the CHRC's division of businesses under its jurisdiction, the transport and telecommunications sectors comprise a major proportion.

Methods of Service Delivery

Under article I:2 of the GATS, and for the purposes of that Agreement, trade in services is defined as being, among other things, the provision of a service by a service contractor of one Member, *through commercial presence, in the territory of any other Member*, or by a service contractor of one Member, *through the presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member*.⁹²

Modes of supply c) and d) (modes 3 and 4) suppose the presence of the contractor in the territory of the country that import the service. Mode 3, in particular, supposes, at the least,

a trade investment and, at the most, employer status. In effect, the GATS considers that a service contractor means "any person that supplies a service."⁹³ This article is accompanied by a note that stipulates: "Where the service is not supplied directly by a juridical person but through other forms of commercial presence such as a branch or a representative office, the service supplier (i.e. the juridical person) shall, nonetheless, through such presence be accorded the treatment provided for service suppliers under the Agreement."⁹⁴

Sinclair (2000) maintains that the GATS was devised to attain "modal neutrality," in other words it aims to require Parties to offer non-discriminatory treatment to contractors, regardless of the mode of supply used. Thus, the mode 3 contractor who employs in Canada is considered a Canadian employer. However, the contractor's status as a Canadian employer must not be allowed to conceal the fact that this foreign *employer-contractor* is granted rights under the GATS.

Who Are the Contractors?

The GATS is intended to protect contractors from other Members. This contractor can be a natural person or a juridical person, or a juridical person controlled by a physical or juridical person of a Member.⁹⁵ The ownership or level of control are defined in article XXVIII (n) of the GATS.

Insofar as a service provider that operates on the territory of another Member country is held, controlled or affiliated significantly by national entities of another Member, it must therefore be considered as a contractor of another Member. Thus, to some extent, the GATS becomes a much more important investment agreement than originally imagined. Lang (2000) noted that negotiations on services henceforth involve two essential points, namely domestic regulation and investments. For the moment, we will focus on the fate of domestic regulation, while a subsequent sub-section is dedicated to the status of the investor.

How the GATS Works⁹⁶

When the Final Act of the Uruguay Round was signed on 15 April 1994, 95 schedules of specific commitments in services and 61 lists of derogations of the most-favoured-nation (MFN) principle had been submitted and accepted. It is only by reference to a country's schedule, and its MFN exemption list, that we see to which service sectors and under what conditions the basic principles of the GATS (market access, national treatment and MFN treatment) apply within that country's jurisdiction.⁹⁷ These schedules contain complex economic arrangements that illustrate the "step-by-step" nature of liberalizing trade in services. Canada recently submitted an Initial Conditional Offer on Services, within the second round of negotiations for easing restrictions on trade in services.⁹⁸ Differentiation must be made between the general effect on the employment of Canadian women and the particular effect on the general domestic regulation of commitments made by Canada under the GATS. Service providers "covered" by the Canadian Schedule have rights under the GATS that are likely to influence the Canadian regulation to which they are subject. For a better understanding, the general obligations and disciplines set out in the GATS must be distinguished from the specific commitments.

The general obligations and disciplines are obligations that govern the measures taken toward *all liberalized service sectors*. The most important rules concern the treatment of the most-favoured nation (art. II), transparency (art. III) and domestic regulation (art. VI). Articles III and VI will hold our attention here. In addition to the general obligations, each state under the GATS must provide a list of commitments that concern the sectors and sub-sectors that it intends to fully or partially liberalize. This schedule is created based on four main parameters, which control and determine the extent of liberalization.

- **Modes of supply:** Commitments and limitations of the schedule are determined in all cases on the basis of the modes of supply set out in article 1.2 of the GATS. Each liberalized sector need not be liberalized in all the modes of supply set out in article I of the GATS.
- **Horizontal commitments:** Horizontal commitments are the limitations applicable to all sectors covered under the schedule; this is often aimed at a particular mode of supply, in particular the trade presence and presence of natural persons. These limitations concern mainly access to markets and the benefit of national treatment. Indications related to horizontal commitments must be considered in order to assess sector-specific commitments. For example, in its recent Conditional Offer, Canada set out certain conditions for acquisition by a Non-Canadian of a Canadian business in the anticipated trade presence of this Non-Canadian. This Non-Canadian must be approved based on the rules set out in Canadian law, which take into account the investment effect, in particular on employment.⁹⁹ This rule applies to all sectors that are liberalized by Canada, and constitutes a limitation in access to contracts. Some other horizontal limitations concern the preferential fiscal treatment or limitation of the participation of businesses ceded to Non-Canadians. These limitations benefit national treatment.
- **Sector-specific commitments:** Sectors are determined as a function of the GATT classification and numbered as a function of the United Nations Central Product Classification system. Limitations to market access may be expected under the terms of article XVI.2 of the GATS. Limitations may also be expected in the advantage of national treatment. Lastly, a Member can make additional positive commitments, which it must make public.¹⁰⁰
- **List of exemptions from article II:** MFN treatment is a general obligation that applies to all measures affecting trade in services and the specific commitments must respect it. In cases in which commitments are signed, the effect of an exemption from MFN treatment would therefore only grant the country to which the exemption applies more favourable treatment than what is granted to all other Members. However, in cases in which no commitments exist, an exemption from MFN treatment can also make it possible to grant less favourable treatment. For example, the offer recently submitted by Canada provides that, in the case of film co-production, differential treatment is given to works in which the co-producers are from states with which Canada has struck co-production agreements. This "positive" exemption is to promote cultural policy.¹⁰¹

The obligations of transparency and domestic regulation dominate horizontal and sector-specific commitments regarding liberalized sectors. Thus, each and every business that has status as a provider of services liberalized by the Canadian Schedule is entitled to expect the domestic law in this regard be accessible and clear. Moreover, it must be applied in a reasonable, objective and impartial manner. In the first part of this study, we raised some doubts about the administration of the EEA; we will return to this point at the end of this sub-section. For the moment, we must address another matter that requires some clarification, namely the universal application of domestic law on foreign businesses that are subject to Canadian legislation.

The Rules: Prohibiting Trade Discrimination, and the Benefit of National Treatment

In terms of its rules, the evolution of international trade is based on the constant quest for access to other contracts under the same conditions as those offered to and imposed on national businesses. A state that breaks this rule has engaged in trade discrimination. Article XVII :1 of the GATS sets out that "[according to the Schedule] each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, *treatment no less favourable* than that it accords to its own like services and service suppliers" [emphasis ours].

The domestic treatment rule generally requires that state parties to a trade agreement grant to the foreign products, services or investments that are concerned by the liberalizing agreement treatment that is no less favourable than that granted to national products, services or investments that are *similar*¹⁰² for which a foreign product can be substituted directly. Thus, a state may not implement a law, regulation or any other measure that would have different effects or that would impose different requirements on a product, service or investment from another state or produced by a foreign business established in the state of destination. The rule of similar treatment results from a comparative exercise between foreign businesses and national businesses, and between national products and foreign products. Insofar as 1) the rules are the same for all businesses; 2) the products and services are similar; and 3) the rules are not applied arbitrarily or discriminatorily to foreign businesses, the national treatment rule shall be obeyed. However, both the articulation of the rule and its administration must be predictable, transparent and non-arbitrary.

Moreover, under the national treatment rule, not only must the stated and known rule be the same for everyone, but the rule must also produce the same effects. The national treatment rule must ensure the effective equality of competitors; in other words, it must defend competitive interaction between all parties. It also serves to "create the conditions of predictability needed to plan future exchanges." Parties that complain about violation of the national treatment need not show the protectionist intention of the state of destination. Rather a party must allege that the rule is discriminatory and show that the rule is imposing an exclusive disadvantage in comparison to a domestic business (special permit, costs of exclusive operating permits, and so on). Thus, it is not enough for the state of destination to offer treatment that is non-discriminatory in appearance and in accordance with the terms of the legislation or the policy (*de jure* discrimination), yet would in fact have a discriminatory effect (*de facto* discrimination).¹⁰³

The fundamental aspect of discrimination concerns *competition* between the various goods, services or contractors.¹⁰⁴ When this involves trade in services, the state is under the obligation to ensure that the competitive interaction between contractors be maintained.

From the above, we can conclude that:

- imposing compliance with the EEA on a business under foreign control is not an attack on the national treatment rule within the meaning of the GATS,
- the fact that not all foreign contractors of liberalized services are subject to the EEA (because they are not under federal jurisdiction or because they employ fewer than one hundred employees) does not deprive the foreign contractor subject to it from the benefit of national treatment,
- imposing the EEA on foreign businesses that are subject to it and that provide "liberalized" services, and on Canadian businesses, does not impair the competition principle.

However, these conclusions are supported by a somewhat unstable premise: the transparency and predictability of the legal norm of the EEA. Since these findings have not yet stood the test of time, we must wonder whether some foreign businesses that are employers in Canada might not claim the benefit of the obligations of transparency (article III) and objectivity in domestic regulation (article IV) that are required of member states of the GATS.

Another provision of the GATS also touches very accidentally on the issue of whether the Canadian legislator can influence the gender, race or global composition of the workforce of a foreign contractor who is an employer in Canada. With regard to sectors for which specific contract access commitments were made, article XVI 2(d) of the GATS prohibits Members from adopting measures that limit the number of natural persons likely to be employed in a particular sector.

The development below aims to highlight, once again, the need to make the EEA fully compliant with the GATS. It illustrates the same paradox as in the review of the AGP, namely that, because Canada is not exempt from trade agreement requirements, it must ensure that its domestic legislation be adjusted. While civil society has often claimed that such adjustment transaction can only pull Canadian social protections downwards, it has been discovered that, case-by-case, transparency obligations imposed in general by trade agreements could have the opposite effect.

GATS Obligations for Transparency and Objectivity

According to article III of the GATS, each Member must publish and make available the latest version of all laws, regulations and directives "pertaining to or affecting trade in services" by submitting them to the Council on Trade in Services (CTS). It must also make available as soon as possible any information of this type should another Member request it. Moreover, article VI of the GATS imposes on Members an objective and impartial administration of general measures affecting trade. However, these measures concern mainly

the accessibility and impartiality of legal and administrative mechanisms intended to facilitate the flow of services and the adjudication of disputes.

The first part of this study showed that, after the GATS came into effect, certain Members felt the need to specify that measures for gender equality at work and employment equity measures had not been affected by the obligations created by the GATS (New Zealand, 1997). This concern involved retaining "legitimate" social and national measures, without, however, specifying how they could be challenged. In many cases, there was a tendency to liken EEA-type legislation to other, more objective, employment legislation, such as working hours, minimum wage and occupational health and safety rules. However, it has become apparent that the EEA is much more complex, which does not mean that it is more onerous for businesses than "direct" legislation, such as laws related to occupational health and safety. The EEA, which is derived from a legislative model that is more familiar to the Commonwealth countries, in effect submits the employment equity plan to the approval of an administrative tribunal without allowing businesses the opportunity to contest the refusal of this tribunal to approve the plan. Therefore, it is not so much the obligation made to businesses to adopt an employment equity plan, as the way in which provisions are made for this plan to be approved and the methodology leading to the plan's approval, that pose a problem in the transparency of the legislative measure.

As we highlighted in the first part of this study, the EEA suffers from a lack of precision. This shortage appears in the following points:

- the Act does not define the audit steps that a possible employment equity plan must undergo;
- the Act does not define the "special measures" intended for members of designated groups that the plan must include;
- the Act does not define the monitoring objectives that the CHRC must carry out on an audited plan;
- the Act does not define the nature of measures that will be considered special or qualitative measures helpful in the promotion of members of designated groups in a business, nor does HRSDC have the analytical tools for assessing such measures should they be present in a business.

Moreover, the mechanisms for adopting and auditing an employment equity plan have been the object of "administrative" criticisms supported by businesses, in particular slowness, unpredictability and contradictory orders from HRSDC and the CHRC (SCHRDSPD, 2002a)

In the first part of the study, we briefly noted our experience in obtaining verified reports of businesses that had submitted equity plans compliant with the EEA.¹⁰⁵ At the time of the request, 26 business had completed this stage.¹⁰⁶ Twenty of them submitted the report without further ado, and 6 insisted on contacting us. In each case, they expressed reluctance to submit the report, based on the highly competitive nature of the information it contains. This information concerns not so much figures related to the representation of members

from designated groups by job category, as a disclosure of the business' organizational structure. In every instance, it was maintained that the EEA has repercussions on the organization of the business in a highly competitive climate. Confidentiality is the order of the day. For all that, can it be claimed that the EEA affects trade in services as set out in article III of the GATS? Businesses are instead led to confirm that it affects trade in general. This claim can only come from foreign businesses that provide liberalized services set out by the Canadian Schedule.

The sociology of the legal standard requires that we analyse the climate in which a law develops. Beyond the letter of the law, a political or economic context can impede the standard, and even distort the objective. This was our struggle in the case of the EEA. According to the CHRC, resistance to implementing employment equity plans is growing in businesses, as are their complaints.

Limitations on Hiring and Specific Commitments

Annex III contains an insert showing the "censored" employment equity audit report that HSBC Bank of Canada finally agreed to make public after negotiations with the CHRC, under the terms of the *Access to Information Act*. This report, or at least its parts, is now public and can be obtained from the CHRC. In the insert, we note an obvious difficulty at first sight of the censored report: this business refused to disclose the determination of geographic zones from which it established its numeric recruitment objectives for women. Assuming the risks of our analysis, because it is only a hypothesis or logical deduction, we believe that this business refuses to recruit a sufficient number of women to senior positions, especially if these positions are not filled by Canadians.

This poses an interesting and unpredictable problem under the GATS. With regard to sectors for which specific contract access commitments were made, article XVI 2(d) of the GATS prohibits Members from adopting measures limiting the number of natural persons likely to be employed in a particular sector. *A contrario*, can the Member impose gender- or race-based recruitment of these persons, or even under national legislation, impose a gender- or race-based percentage of persons likely to be employed? Or could a Member even impose on the contractor the obligation of recruiting in Canada, members from designated groups? To do so, should not a Member be required to set out limitations on its horizontal commitments under the GATS?

What Have We Learned?

Canada and Negotiation of the GATS

The Government of Canada's concern seems to be limited to considering the economic impact of its trade commitments. This economic impact may include considerations that are tied to the variations in volume of jobs in general or the employment of women in particular. We have found no specific studies of the GATS.

A fortiori, groups of women are not being counted in. In the specific case of the EEA, such consultation would have made it possible to integrate the above concerns into the five-year assessment of the Act of 2002, if necessary. Representations also could have prompted

Canadian negotiators to clarify the question of the legitimacy of proactive employment equity measures, if not in the Agreement text, at least in the Schedule of its commitments. This Schedule can be re-opened only under penalty of possible sanctions. According to article XXI of the GATS, a Member must maintain a general level of commitments equivalent to what existed before modification. However, it is not obvious that the desirable modification (namely clarification of horizontal commitments because Canada interprets the GATS as enabling it to impose the EEA completely on mode 3 contractors that hire enough employees in Canada) is an actual modification; at the most this is an interpretive note or a general note that could find its place in specific horizontal commitments.

Implementation of the GATS and the Recent Filing of Canada's Conditional Offer

As mentioned, Canada submitted an initial Conditional Offer to liberalize services on March 31, 2003. Although the content of the GATS is henceforth definitive, it seems, the same remarks apply as in the case of the submission of the original Offer. Moreover, we note that, once again, groups of Canadian women did not react to this process, nor did they ask to be formally consulted. Their concerns are wider-ranging than the simple issue of protecting or improving the EEA. Their silence speaks volumes.

The Absence of Gendered Analysis

At this stage of the analysis, we have one question in this regard: who is responsible for such an initiative, namely reviewing the gendered analysis of the impact that trade policies have on national social policies? It is difficult to accept imposing this responsibility solely on DFAIT. How can it be presumed that DFAIT is an expert in the EEA and its difficulties? Should it not be considered that the "gender and trade" variables must be integrated into each gendered analysis strategy, as a function of the departments and agencies responsible for implementing an act, a policy or a national strategy? In the case of the EEA, certain paths demand attention: HRSDC and the CHRC should be under the obligation to examine these issues, while DFAIT should have to inform them of relevant developments. This poses the question of natural partners for DFAIT. During a meeting,¹⁰⁷ DFAIT representatives posed this question of natural, not to mention historic, partners: Industry Canada, Agriculture Canada and Health Canada were named, although it was stressed that this circle would grow. Yet should the circle not instead become systematized? Each policy can be influenced by the conclusion and implementation of a trade agreement that imposes on Canada adjustments internal to domestic regulation. Further, each accountable entity must complete a gendered or gender-based analysis of its policies. Should the entity not also consider "gender and trade" variables in this exercise?

The GATS and the EEA

We believe we have shown that the GATS exercises positive pressure on the EEA, at least from the standpoint of the members of designated groups. Yet, the recommendations of the SCHRDSPD (2002a) suggest another reality. The "trade" variable has never been considered by the Committee's work, nor has it been mentioned by associations and individuals appearing before the Committee.

Rather, the Committee's recommendations tend to refer the stakeholders to voluntary collaboration with HRSDC. Not only has this very Canadian model¹⁰⁸ been questioned by

the CHRC, but it must also be in order to avoid escalation that would be induced by trade agreements, in particular the GATS. In the case of the *status quo*, it must be concluded that the Government of Canada, lacking a global strategy for systematic analysis of the impact of trade agreements on national social legislation, prefers to place legislation such as the EEA at risk.

This situation illustrates an act of omission by the government, which instead tends toward reactive behaviours in international trade when it involves social policy. It cannot seriously be imagined that another Member would question the application of the EEA to its nationals before a WTO arbitration panel. Other much more important issues exist. However, our work enables us to state that the failure to raise the EEA to the transparency requirements of the GATS, in particular, leads to diversion and growing administrative difficulties. The CHRC is encountering an increasing amount of resistance. If the liberalization movement continues, it will also be called upon more and more to negotiate with businesses whose culture is unfamiliar with employment equity requirements. This sociological problem risks considerably slowing down the progress of members from designated groups, including women, in Canadian businesses or businesses that operate in Canada, but are under foreign control.

The GATS, the EEA and the employment of women

Needless to say, any improvement to the EEA will contribute to promoting women's right to equality in the workforce. Should this pressure emanate from the requirements posed by the GATS, among other things? Of course not. However, the recent report submitted by the SCHRDSPD enables the reader to detect a certain disinterest toward women as a designated group. To be sure, their representation percentage in certain categories is acceptable, even superior. Still, this may only be an illusion. The employment of women, which is precarious, results in confusion between their presence in the workforce and the quality of the jobs they hold. Likewise, the methodology for identifying members from designated groups set out in the EEA does not make it possible to grasp the reality of women who are victims of double, or even triple discrimination (gender/race/handicap). The Standing Committee made recommendations to remedy this deficiency (SCHRDSPD, 2002a). Lastly, the demands of the CHRC concerning amendments to the EEA, to specify which are special measures that must contain an employment equity plan, are intended to enrich the set of qualitative measures that women can and have the right to benefit from in the workplace (reconciliation of work/family, flexibility of work-hours, and so on). In short, women do and will continue to need the EEA, and strengthening it can only work to their advantage. Although the demographic changes that transform the composition of the Canadian population can promote the employment of members from minority groups, it will take more than this in the case of women from racialized groups.

All of these considerations can be stated independently from the analysis of the impact of trade agreements, in particular the GATS, on the EEA, but only to a certain point. We believe we have shown that proactive employment equity legislation includes particularities that are challenged by the transparency requirements set out in trade agreements and stated in various national policies. This "secondary" legislation must be more specific than has been the case so far. The CHRC itself has noted the need to clarify certain aspects of the EEA.¹⁰⁹ The desired

objectives, and the methodology provided to promote employment equality, must be clearly understood by foreign businesses that hire in Canada. If all businesses must accept the fact that the employment equity plan is not a project that can be postponed indefinitely, only foreign businesses are in a position to claim that the "uncertainties" surrounding their obligations could adversely affect their trade interests.

6. INVESTOR RIGHTS, CHAPTER 11 OF NAFTA AND EMPLOYMENT EQUITY IN CANADA

The movement to institutionalize and internationalize trade, in particular the increase in investment-related trade agreements, has shaken up the structures of the work world. Now, a new element must be added to the traditional elements of the power relationship that determines the links between a business and its employees—the entrepreneur has become an investor. This investor status and the related rights granted by some trade agreements, including chapter 11 of NAFTA, are the subject of considerable apprehension in Canada, both in the federal government and within the business world, unions and community groups. We have already stated the notion that trade agreements are “larger than life,” in other words, that in some cases they have an effect that is as difficult to comprehend as it is to manage. NAFTA chapter 11, which relates to investments, has in fact exceeded the initial intention of the Member states in its effects, to the point that Canada, Mexico and the United States, who met within the NAFTA Free Trade Commission, felt it helpful to adopt a memorandum of interpretation in July 2001 to interpret certain aspects of the scope of chapter 11.¹¹⁰

NAFTA's investment-related provisions confer on investors not only rights, but also the privilege of pursuing directly, as a civil party, the government of destination of an investment, at the risk of challenging certain local and national laws, regulations and policies that they see as likely to have an adverse effect on their rights. Indeed, it is the effect of this privilege that experts are trying to define. What does it mean when a foreign investor asks a panel of experts that is not a court to dispose of issues related to the validity of domestic regulation?

Although no one has answered this question, there have been highly refined analyses of the decisions rendered by arbitration panels appointed pursuant to chapter 11 of NAFTA.¹¹¹ We do not intend to continue this analysis apart from focusing on the empirical question at the root of this case study: what is the result of retaining Canadian employment equity policy under the rules of chapter 11 of NAFTA? The employer/investor intersection has not yet been explored in relation to this topic.

To explore this question (though not to answer it), we will address the following aspects of chapter 11 of NAFTA, in this order: 1) What is an investment? 2) What are an investor's rights? and 3) How can these rights disrupt the legitimacy of domestic acts, regulations and policies in various fields that have historically been described as social fields in Canada, for example the environment, health, and human rights.

For the purposes of this examination, it is presumed that Canadian women are part of the groups that benefit from employment equity measures and that, even though they would not be the only victims of a disrupted measure, they nonetheless would be seriously prejudiced by the possibility that an investor could challenge the programs and the Canadian employment equity model.

Investors and Investments

Under article 1139 of chapter 11 of NAFTA, *the investor* (who can therefore claim protection of an investment in the state of destination) is someone who has an investment in a business, is a business, or is a branch office.¹¹² The *investment* is an investment, debt obligation, a loan from an affiliated firm, shareholders' equity, real estate or other interests. Article 1139 lists a dozen or so investment situations that are so broad that, for all practical purposes, all imaginable entities can be considered "investors" for the purposes of the Agreement (Adair, 1999).

As Mann and Moltke (1999) observed in the case of service providers, the implementing legislation of the United States concerning articles 1202 (National Treatment) and 1203 (Most-Favoured-Nation Treatment) clearly explains the significance in NAFTA of non-discrimination rules (Dally, 1994; Mann and Moltke, 1999). They: "prohibit the imposition of laws and regulations designed to skew the terms of competition in favor of local firms: they do not bar legitimate regulatory distinctions between such firms and foreign service providers" (United States, 1993). Mann and Moltke observed correctly that the term "foreign service provider" could be replaced by "foreign investors" and the same results would be obtained. This analogy between chapter 12 on services and chapter 11 on investment is possible because the chapters share common terms.

According to article 1101(4) of NAFTA, the commitments made by a state under chapter 11 do not prevent it from providing services or exercising functions, for example, in terms of correctional services, income security or guarantee, social security or insurance, social welfare, public education, public training, health services and child care services *if these services are provided in compliance with the provisions of chapter 11*.

Moreover, states can exempt some sectors from obligations that relate to national treatment, to the implementation of a ban on imposing an obligation for results, or even to limiting the physical presence of investor representatives in the host territory, provided the measures were indicated in the annex at the time of ratification. Canada noted such reservations about granting a national treatment benefit in the social services sector. In Canada, therefore "social" government investments are exempt from complying with the national treatment rule under the rules related to easing restrictions on investments. In anticipation of the immensity of the rights that were granted to investors under chapter 11 of NAFTA, the Parties also agreed to explicitly state that this chapter is not intended to prevent states from applying measures necessary to environmental protection¹¹³ on their territory. In addition, as a preventative measure, Members ensured that they could resort to consultation if one Member felt that investment measures were used by another Member to the detriment of national measures concerning the protection of the environment, health or security (Ganguly, 1999).

The negotiators and the authors of chapter 11 of NAFTA were therefore not insensitive to the risks that would have been represented by an Agreement that did not allow for possible conflict situations between the rights of investors and environmental and public health issues. However, this is where the expressed concerns end, as chapter 11 is silent on the issues of protecting social rights and the risk of conflict between these rights and the rights

of investors. All the same, this silence must be noted, despite the existence of NAFTA side agreements concerning the environment and labour cooperation.¹¹⁴ It is true that, if the investment can directly impair the environment and public health by triggering a race toward the lowest standards, their damage to fundamental social and human rights, such as the right to equality, are rather indirect in nature. They pass through a potentially weakened power relationship between the parties to the labour contract. Moreover, it is customary to say that investors are subject to domestic labour law as long as it is not discriminatory or unreasonable in its effects. However, this overly simplified vision of the relationship between local social rules, their universal application and the investors tends to neglect the complex nature of certain social legislation, including laws related to employment equity.

In our view, then the question is quite plain: Is EEA-type proactive legislation sheltered from investor demands that stem from their rights under chapter 11 of NAFTA, and from certain other agreements to which Canada is party?

Investor Rights

The expression "investor rights" refers to the provisions of articles 1102 to 1110 of NAFTA, which involve the right to not be a victim of trade discrimination, to benefit from a minimum standard of treatment, to not be subject to performance requirements and, lastly, to not being a victim of any measure that is *equivalent* to expropriation. Some of these rights are still highly ambiguous and give rise to debates in Canada about, among other things, whether the Government of Canada and sub-central entities (provinces and municipalities) can still regulate freely.

Prohibiting Discrimination

Articles 1102, 1103 and 1104 of NAFTA provide that investors and their investments be protected on the host territory from the effects of measures that are adopted by the Parties under analogous circumstances,¹¹⁵ but are likely to negate their right to benefit from national and MFN treatment.

It has been established that a difference in treatment can result from an apparent distinction (in the text of an act, for example) between local and foreign investors or from a distinction that is in effect discriminatory.¹¹⁶ Other reasons can also justify different treatment. As an example, VanDuzer (2002) proposed the case of environmental techniques to which local investors/producers would be better accustomed than foreign investors, which would however in no way give foreign investors the right to claim denial of the benefit of national treatment.

Performance Requirements

According to article 1106 of NAFTA, Parties cannot impose performance requirements on the establishment, procurement, expansion, management, direction or operation of an investment (for example, imposing a national content percentage in an investor's goods, assets or debts). However, in some cases,¹¹⁷ it is possible for a Party to maintain measures, particularly when this involves preserving the environment, the health of people and plants, or natural resources. Quite clearly, these measures cannot be restrictions disguised as investment.

The Minimum Standard for Treatment

Article 1105 of NAFTA has been the topic of intense debate. The question is this: are guarantees related to just and equitable treatment and to the integral protection and security of investments different from those provided by international law under NAFTA?

Been and Beauvais (2003) conducted an extensive analysis of the state of international law and concluded that the topic was uncertain (Lavie, 1985). In fact, as much as it is possible to claim that guarantees related to just and integral treatment stem from an intention to control expropriations that are fraudulent and disrespectful of natural justice principles or are based on unacceptable political motives, it is also possible to claim that investment law has exceeded this standard by providing the right to investment security. What will be the limits of investor right with respect to local regulations? Given the shared opinions of the arbitrators, it is impossible to know, for example, if "the right to investment security" would enable an investor to claim that any legislative or regulatory modification changes the initial climate in which the investment was made. Which behaviour of the local decision-maker puts the foreign investment at risk? The question remains open.

According to the Memorandum of Interpretation adopted by the Free Trade Commission,¹¹⁸ the concepts of "just and equitable treatment" do not provide for additional or better treatment than what is required by the minimum treatment standard in compliance with customary international law toward foreigners. Moreover, the finding that another NAFTA provision or a distinct international agreement was violated does not prove that article 1105(1) was violated. Beyond the debates surrounding the legal scope of such a Memorandum, it is clear that NAFTA partners are willing to avoid excess in the customary international law that would confirm not only the investor's right to be treated fairly in the host territory, but also the right to challenge a national standard that they would find inequitable for reasons of their own.

Regulation of Expropriations

Ideological debates on the issue of expropriation and nationalization are as follows: must nationalization or expropriation necessarily involve *taking possession* of the assets of the investment owner? As Romero Jimenez (2001) explains, there are two types of expropriation in international law: direct expropriation, in which the government takes possession for public purposes, and indirect expropriations, which result from measures that are equivalent to an expropriation. Direct expropriation assumes a transfer of the property title in question to the state of destination. Indirect expropriation, on the other hand, is more difficult to identify because there is no transfer as such of an investor's property to the state of destination. Here, it is the outcome of an interference with the property that is equivalent to a captation of the investor's property (Jimenez, 2001).

Article 1110(1), on expropriation and compensation, provides that no *Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment*.¹¹⁹ In practical terms, this definition (and particularly the expressions "directly or indirectly" and "measure tantamount") means that, just because a measure by one Party does

not allow a transfer of property from the investor to the state, does not necessarily mean that it cannot be considered expropriation.¹²⁰

The decision of the NAFTA arbitral panel in the *Metalclad* case is famous. In this decision, the Panel suggested a very broad interpretation of expropriation. Under NAFTA, expropriation not only includes open, deliberate and known taking of property, such as illegal, formal or mandatory title transfers in favour of the state of destination, but also covers *accidental interference in the use of property* with the effect of depriving the owner of all or a *significant* part of the use of the property or the reasonable hope of receiving profits from it, even if the act does not directly benefit the state of destination.¹²¹ As Dhooge noted (2001): "The only interests identified by the tribunal [in the *Metalclad* case] were those of the investor. According to the tribunal, the primary interests of the investor were its reasonable expectations for its investment. The company claimed that government action would have constituted an expropriation because of the predictable impact of such an action on the investment." Interference with private property, even if it is accidental (*Metalclad*) and non-discriminatory (Pope and Talbot¹²²) is therefore likely to constitute an expropriation under the terms of article 1110 of NAFTA. However, a threshold (Pope and Talbot) must be attained during this interference and a *significant* part of the use of the property must have been lost (*Metalclad*).

As underscored by Mann and Soloway (2002), this reasoning, which is still incomplete and being developed by NAFTA arbitration panels, offers no criteria for distinction between the measures for protecting the public well-being and other measures that would have a destructive effect in the more classic sense of international law. The only criterion used to determine the presence of measures tantamount to an expropriation therefore remains the degree of interference involving considerable repercussions for the investor. This uncertainty persists despite the fact that the arbitration panel in the *S.D. Myers*¹²³ case was somewhat more reassuring. It made a helpful distinction between the concepts of "expropriation" and "regulation," the latter meaning lesser intervention by the government authority. The distinction between the two would make it possible to "reduce the risk that government would become the object of proceedings related to the administration of public affairs."¹²⁴

The debate surrounding NAFTA's mysterious article 1110 therefore focuses on the extent to which investors use the NAFTA provisions that relate to expropriation in order to obtain damages for regulatory and legislative measures promulgated in good faith to protect the public well being. Clearly, this does involve debate because, to date, analysis of arbitration decisions has not made it possible to clearly establish the concerns surrounding this provision. The issue is important because it deals with the very essence of government activities—legislate and regulate in the public interest. Once again, as Mann and Soloway (2002) have stated, if article 1110 can be used to require governments to indemnify investors for adopting measures in good faith, this could have *paralysing repercussions* on the capacity of governments to regulate, thus compromising protection of the environment, human health, etc. Although the issue of the right to equality and the right of women to equality is not mentioned in this context, it must be understood that resorting extensively to regulations in the matter of employment equity fits into the debate surrounding the right of investors to be indemnified for measures tantamount to expropriation. Is there a moment in which the

otherwise valid use of regulatory powers becomes an expropriation measure due to the extent of the repercussions on an investor? (Mann *et al.*, 2002).

The "Paralysing Effect" of Chapter 11 of NAFTA

Maureen Appel Molot (2002) raised the interesting question of the paralysing effect of NAFTA chapter 11 in her contribution to the Conference organized by the Centre for Trade Policy and Law of Carleton University. Although Professor Appel Molot acknowledged that no serious study had yet been conducted on this topic, she suggested that the government's *behaviour* before the "threat" of NAFTA chapter 11 be examined more seriously. Is it possible that, anticipating a negative, even vindictive, reaction from investors, government action to protect national interests is slowing down?

Investors/employers subject to the EEA have been offered many informal and non-legal opportunities to express their dissatisfaction with EEA requirements. It is the CHRC, which is in no way accustomed to the exercise imposed by article 1110 of NAFTA, that receives these notices of dissatisfaction and, above all, must handle them. This management is part of a transaction-driven process between the businesses and the CHRC for verifying the employment equity plans of businesses. To what point can the CHRC control the arrogance of investors without compromising the EEA objectives? Many indicators suggest the conclusion that businesses are dissatisfied and that, even if they have the political wisdom not to question the employment equity model, they will denounce its complexity and unpredictability in some respects. The difficult position of the CHRC is made all the more complex because the EEA requires that every effort possible be made to obtain a negotiated employment equity plan.¹²⁵ Clearly, the EEA was not written with investor rights in mind. Nevertheless, these rights are likely to alter the relationships between the CHRC and businesses subject to the EEA that have investor rights. This grey area of negotiating desired outcomes, which is specific to proactive legislation and probably beneficial in a national context, must be clarified. Does the failure to better articulate on the one hand the obligations of businesses that are subject to the EEA and, on the other hand, the powers of the CHRC correspond, even unconsciously, to the paralysing effect raised by Appel Molot? It is impossible to know at present because the CHRC does not extend EEA analysis to the impact of trade agreements. *A fortiori*, the extent to which this paralysing effect may entail negative consequences on Canadian women is even more unclear.

What Have We Learned?

Negotiation of Chapter 11 of NAFTA and Womens's Right to Equality

The NAFTA partners expected that chapter 11, on investments, would not be used to prevent them from applying on their territory measures that are necessary for protecting the environment. Likewise, as a preventative measure, Members ensured that they could resort to consultation if one Member felt that investment measures had been used by another Member to the detriment of national measures concerning the protection of *the environment, health or security*. What about human rights and measures likely to promote women's right to equality in the workforce, including employment equity measures? These were relegated to cooperation under the terms set out in the NAFTA side agreement concerning labour cooperation.¹²⁶ Why? Very likely because the Members felt *a priori* that, despite the

amplitude of the terms related to protecting investor rights, chapter 11 of NAFTA could not adversely affect national regulation in that it did not result in discrimination against foreign investors. At present, we are unable to determine if they are right.

This situation reveals an incomprehension of the scope and meaning of equality guarantees in Canada. That is, the fact of prohibiting gender discrimination is not enough to attain equality. Women need legislation, programs and measures designed especially for them. This is the case of legislative and administrative measures for employment equity. The uncertainty surrounding the limits of investor rights and the definition of measures that are tantamount to expropriation puts an entire segment of Canadian regulation at risk in terms of whether such measures now exceed the degree of acceptable interference in foreign investments. This question is entirely "outside" the legitimacy of employment equity measures and is therefore imposed by the agenda of easing restrictions on investments. For Canada, this involves taking a position on whether or not we are in the presence of interference banned by the provisions of chapter 11 of NAFTA, with regard to the management of employment equity in Canada.

The Paralyzing Effect of Chapter 11 of NAFTA

We are particularly sensitive to the question raised by Professor Appel Molot, who speculated whether the greatest victory of chapter 11 of NAFTA was to paralyze, "by anticipation," investor complaints regarding government "regulatory action." We believe that this issue must be examined by the CHRC and HRSDC. An approach that combines the variables of "women", "commerce" and "employment equity" would be an asset and would also benefit other groups designated by the Act.

The Environment and Human Rights, Including Women's Equality Rights

As in the case of the environment, the protection and promotion of women's right to equality depends on active intervention by the state, its actions to monitor and its sanctioning power. The Government of Canada must embark on a major undertaking to identify the pertinent employment equality regulations in order to put them to the "test" of investor rights. This undertaking should require the involvement not only of DFAIT, but also of those government entities involved with the issue of women's right to employment equality, in particular HRSDC and the CHRC.

7. PUBLIC ORDER IN TRADE AGREEMENTS AND EMPLOYMENT EQUITY POLICY

In the name of public policy, partner states of trade agreements can exceptionally break their commitments as long as doing so does not have the effect of discriminating against foreign businesses or favouring the domestic market to their disadvantage. All WTO agreements include various statements related to the public order exception. The GATT makes provision only for the case of protection of "public morals."¹²⁷ The GATS adds measures "necessary to protect public morals or to maintain public order."¹²⁸ In this last case, an asterisk refers us to the meaning of "public order": "the public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society." The AGP acknowledges the legitimacy of the measures imposed and established to protect "public morals, order or safety,"¹²⁹ with no further comment. The vagueness of the definition of public order increases when we take into account the wording of the exception contained in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS¹³⁰) in which public order is written in French in the English text, thus referring to the French concept of "ordre public" (public order), a concept that closely affects a state's sovereignty. These exceptions are generally headed by a provision that specifies "that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade"¹³¹

Paragraph e) of article XX of the GATT provides that the GATT (1947) cannot be interpreted as preventing the adoption or application by any contracting party of measures concerning items made in prisons. A state could therefore block access to its market of such products under the guise of respecting the widely accepted ban on forced labour. However, in general, the alignment between the trade sphere and human rights sphere is preserved in the very wording of trade agreements.¹³² Given the asymmetry of the possibilities offered to states to disregard a trade prescription in good faith in the name of public health or morals, but not in the name of promoting human rights, we felt it was appropriate to explore the limits of the "public order exception" to address the question of whether this new international trade public policy includes human rights and, thus, women's right to equality.

A vast literature (Jarvis, 2000; Charnovitz, 1998; Dommen, 2002; Bal, 2001; Bhala, 1998-1999) has recommended the public order exception as a recourse to 1) legitimize national policies designed to promote and protect human rights, or 2) to legitimize a state's decision to impede the free circulation of a good or product when its manufacture results from labour conditions that violate basic human rights (child labour, forced labour, *de jure* discrimination, and so on). However, this literature tends to limit the analysis to the violation of human rights, the *jus cogens* character is recognized (in other words, those rights that are basic and essential to human dignity are shared by the international community and by state practice¹³³). Moreover, the American tradition of foreign trade policy focuses its efforts on a specific scenario—the scenario in which the domestic market could refuse access to a good because

its manufacture would have violated certain fundamental human rights. This implies a public policy on human rights that transcends the requirements of trade agreements and cannot be breached.

This literature has been inspired largely by advances in the field of the environment, although in this last case, the content of trade agreements is generally more generous and more explicit about possibilities for derogation. In short, the recognition of environmental considerations in trade decisions fares better than that of human rights requirements. Moreover, in this last case, the literature related to human rights is limited to the analysis of basic human rights, including gender equality, of course, but without necessarily considering the fate of proactive legislation adopted by developed states, especially in the Anglophone world.

The very idea of using the public order exception to protect proactive employment equity measures in Canada, as an expression of the right to employment equality, is fairly depressing in a way. It supposes 1) a possible incompatibility between trade agreements and human rights; 2) a weakening of state powers in relation to their affirmative obligation in human rights; 3) a "commercial" competence to provide for public order exceptions based on human rights requirements; and 4) a shared understanding of what constitutes the field of human rights, which we know is not the case in the international community, beyond the rights and freedoms that are deemed fundamental. However, above all, the public order exception understood as a "positive" exception, as an exception to protect human rights policy and legislation in trade remains an exception. It anticipates that there are cases in which trade rules must give way to human rights. In the specific case of employment equity measures, it anticipates that distortions to trade could result from requirements imposed by employment equity measures, and that they could prevail "as an exception."

The public order exception is often combined with other public concerns, such as the need to protect life, health, safety, privacy and even, in the case of the GATS, legislation designed to control contract fraud. In the context of exceptions to respecting trade rules, public order is therefore reduced to "ordinary" status insofar as it is admitted that certain trade rules can sometimes and exceptionally give way to greater national concerns. However, proactive employment equity measures, as a form of expression of the right to equality and women's right to equality, are not comparable to such concerns.

In the Canadian context, the basic values promoted by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (and the equality standard) are associated with public order. The complex problem is therefore reduced to a simple question: is it conceivable that the Canadian employment equity model can benefit from protection in the name of the public order exception, in the event that it disregards the trade agreement requirements? The answer is no, and our findings are twofold. On the one hand, proactive employment equity measures do not belong to a group of basic standards, compliance with which is imposed for public policy in national legislation. On the other, the national conception of public policy is increasingly giving way to the international conception of public policy, in which merchant rights dominate.

The Concept of Public Policy Within a Comparative Perspective

In French law, Jean-François Romain (1995) places the concept of public policy in two categories, depending on the mode of application. First, he suggests "basic public order," which includes the protection of fundamental human rights and freedoms and includes morals, principles that prevail over the action of individuals and the state. This first category of public order traditionally arises in defence of fundamental rights against the repressive action of the state. The second category addresses "essential public order." It embodies the principles that tend to protect "the general interest realized in the legal, economic and social public order of the state." On one hand, liberty and basic human rights are the purpose of public order, and on the other, the common interest is sought. The entire ambiguity of this legal concept is summarized in Planiol's definition: "A provision of the public order whenever it is inspired by a general interest consideration that would be compromised if the individuals were free from hindering the application of the act [translation ours]"¹³⁴

In Quebec law, the notion of public order is set out in the Quebec Charter, from which Professor François Chevrete (1989) has drawn the following definition: public order constitutes "a concept that unquestionably is very wide ranging, and very likely includes [the concepts of national security, public safety, public health and morality] as well as the proper functioning of the legal system, crime prevention and protection of the rights and freedoms of others [translation ours]." Anglo-Saxon acceptance of public order is much more restrictive than its use in French law.¹³⁵ Considerations of *public order* above all concern the prevention of a public order disturbance. The terms *public policy* and *public order* are also used indistinctly at times.¹³⁶ However, the expression *public policy* could also include the principles of natural justice. Jean-Gabriel Castel uses the expression *public policy* (Castel, 1975).

A fairly broad definition of the public order exception must be regarded in light of Canadian legal culture and the international context. Canada rarely wishes to find itself in an awkward position in relation to its international commitments, particularly with regard to human rights. However, it is rare in Canada for a doctrine to address the particular place of public order, whether in Canadian or even Quebec law.¹³⁷

Basic justice, public safety and the respect of human rights draw on public order in Canadian and Quebec law. Insofar as women's right to equality is a basic right, it follows that proactive measures to promote it should assume the same basic character. Yet, this vision is not shared by all national laws, far from it. Can this acceptance of Canadian public order, developed from a rich precedent in human rights, survive the emergence of international public order, the contours of which outlines are not determined by Canadian tribunals? European Community law has developed a regional public order that is concerned with respecting human rights. However, it deviates for reasons particular to international trends.

J. Dollinger (2000) has noted an increasingly strong tendency to consider a truly international public order that exceeds the limits of private international law (management of conflict between laws). The appearance of a European public order illustrates this assertion. Article 30

of the new Treaty of Rome makes it possible to override the only rule that prohibits quantitative restrictions on trade between member states, for reasons of public morality, public order and public security. These derogations must not be used to impose arbitrary discrimination disguised as trade. This provision and a restriction set out in similar terms are found in the GATT.¹³⁸ The public order exception is also set out in article 39(2) of the new Treaty of Rome (restrictions on freedom of movement), in article 46 (the special provision for foreigners in terms of freedom of establishment), and in article 55 (the freedom to provide services). Lastly, article 58 1(b) "enables states to take all indispensable measures to oppose breaches of their laws and regulations (...) or to take measures justified by public order or public safety" (Castillo *et al.*, 2001). The Treaty of Rome seems to leave considerable leeway for member states of the European Union to exercise their sovereignty through these general exceptions to the terms of the treaty. However, Castillo and Chemain (2001) claim that the legal system based on the common market tends to weaken states' discretionary power, even though they do not anticipate the eventual disappearance of recourse to the public order exception.

Community law thus refers to national conceptions of public order. According to the Court of Justice of the European Communities (CJEC), the addition of the concept of "public safety" and "public health" locates public order and makes it possible to avoid having states abuse derogations to community rules. For the Court, public order exceptions must be understood strictly.¹³⁹ The application of a uniform community law justifies the control of exceptions exercised by European institutions. This trend is gradually giving rise to a truly communitarian, or European, public order in a community that gathers in one interdependent system for economic liberalization, social order, and legal order.

The concept of "European public order" appeared in European jurisprudence with the judgement in *Loizidou v. Turkey*, in which the European Court of Human Rights¹⁴⁰ ruled that it must "take account of the particular nature of the Convention of Rome, instrument of European public order for the protection of human beings."¹⁴¹ In the *Soering* case, the Court even gave priority to the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* to avoid the application of another international convention related to extradition.¹⁴² Clearly, European public order increasingly dominates domestic public order. However, the situation is different at the international and transnational levels. Economic public order tends to dominate a public order that is concerned with human rights. Thus, and despite national traditions, including the Canadian and Quebec tradition, we must wonder whether a resolutely economic international public order will have the last word on human rights.

Public Order: Transnational or International?

International economic law is assuming such a scope that there has been mention of a unified *lex mercatoria* and the birth of a true legal system in its own right. Because trade agreements are one source of this *lex mercatoria*, other sources of which need to be sought in international arbitral practice, and since the concept of transnational public order first appeared in arbitration by the International Chamber of Commerce (ICC), it is relevant to proceed by analogy with international private law to reveal the meaning to give to public order exception as included in WTO agreements. In fact, although trade agreements fall under the category of international public law (linking states to one another), an analogy

can be drawn from private international law since the desired objectives of trade agreements are to favour international trade through "the interplay of international private agents."¹⁴³

International trade arbitration experienced sudden growth in the 20th century by granting ever greater freedom to parties and institutions, leaving the national judge before a sentence based on the exogenic rules of national law, but straining it nonetheless (Racine, 1999). The last defence of the sovereign state is the public order exception. However, it is not certain that it would be given a great deal of weight in international arbitration.

In the past 20 years, the concept of a "truly" international public order has appeared in several ICC decisions. This involves a public order the existence of which is based on the rules of international law that are aimed at ensuring order, safety and stability in international relations. The arbitrators considered that reprehensible acts were detrimental to truly international public order, from the point of view not only of positive mores, but also of economic morals.

Some would even say that the *lex mercatoria* could impose its public order by influencing arbitration decisions and by replacing a state's own laws.¹⁴⁴ Moreover, the growing importance of public order to protect the harmony of international economic relations from the sovereignist wishful thinking of states no longer tends to be limited to private economic international law, but covers various jurisdictions of law and international relations (Dollinger, 2000).

Several authors (Dollinger, 2000, Oppetit, 1993) see the concept of transnational public order going beyond the simple field of international trade arbitration, to incorporate international public law. Thus, trade practices that run counter to common public morals (corruption or influence peddling) are prohibited and succumb to several international arbitration decisions in the name of transnational public order. Some ethics are also considered, excluding lawful trade in products that are contrary to public morality. Thus, trade in narcotics or counterfeit money is excluded from trade agreements. In addition, cultural goods are subject to various conventions aimed at ensuring their protection from pillaging and theft.¹⁴⁵ The values that "obtain a fairly broad consensus" are justice and security, but also "the value of life, the value of property, the value of competition and the control of economic activity, in the name of the public interest [translation ours]."¹⁴⁶

The universally acknowledged values are thus limited and do not refer to all of the rights protected by the instruments of human rights. Values related to economic activity tend to predominate, and are the only values at present to be accepted in the name of a transnational public order. This is why many voices have pleaded for the inclusion of internationally recognized human rights in the public order and public morality exclusion from trade agreements.

However, should this theory triumph, despite the terms of trade agreements and the trend to distinguish between trade and human rights, it must still be acknowledged that such exceptions would be subject to the principle that they must be "necessary" and constitute an alternative measure that limits trade as little as possible (WTO, 2003).

In conclusion, the evolution of the notion of public order in Canadian and Quebec law makes it possible to affirm that the human rights guaranteed by the Canadian and Quebec charters must be considered as part of this public order. As in the case of French law, and in compliance with the evolution of instruments of international human rights, Canadian and Quebec public order protects the functions of the state (security, morality), but also the citizens against abusive intrusions or omissions of the state that are detrimental to the population and to the promotion of their rights. Obviously, the spirit and letter of charters mean that women's equality rights, and the proactive mechanisms to promote this right in the workforce, can be protected in the name of the public order. It is accepted that the government must intervene in the working sphere to promote the right of women to full equality at work.

The question is different when faced with the reality of trade agreements. If those who hold rights under trade agreements challenge, for reasons we have explored, the Canadian employment equity model that is imposed on those of them that are Canadian employers, then could Canada claim that public order allows it to derogate its trade commitments? Nothing is less certain. And even more so, nothing is less desirable! There is no advantage to conceptualizing human rights as derogations to trade rules.

Therefore, superimposing national law and international economic law creates a "public order" conflict. However, in the event that trade arbitration draws its source from a trade agreement and the principles of international economic law, it goes without saying that the merchant public order would dominate the public order that is intended for protecting persons, even if the source of the derogation was to respect women's equality rights. Some have tried to resolve this conflict by invoking *jus cogens* or the general legal principles that characterize human rights, which would dominate international economic law and trade agreements. This theory is disputed by those who assert that the risk of conflict is rare and that, in any case, the WTO or NAFTA rules are *lex specialis* and concern only trade (Marceau, 2002). In short, the issue remains open to debate.

In all cases, and assuming that the primacy of human rights over trade is recognized, it remains to be determined which rights are being discussed. In this regard, the most serious indication is provided by the *ILO Declaration on fundamental principles and rights at work* adopted by the International Labour Conference in 1998.¹⁴⁷ freedom of association and effective recognition of the right to collective negotiation, elimination of all forms of forced or mandatory labour; effective abolition of child labour; and elimination of employment and occupational discrimination all express the fundamental rights, the legal value of which is not contested by any ILO member state. Employment equity measures are an extension of the value of equality and its corollary, the prohibition of discrimination, but this extension or this proactive mode of implementing the prohibition of discrimination is not necessarily included in the universalistic vision of prohibiting discrimination in employment.¹⁴⁸

In short, Canadian policies designed to promote women's right to employment equality (via employment equity), should they conflict with merchant rights in Canada, cannot be protected by resorting to the public order exception in the sense evoked by trade agreements or intended by international economic law. This finding provides additional support to our

main argument, which recommends that Canadian employment equity measures be strengthened "in respect of Canada's trade commitments and the agreements that it has ratified."

CONCLUSION TO PART 2

In conclusion, we can distance ourselves somewhat from the legal ground, in order to ask more political questions. These questions mainly express some concerns about the women's movement in Canada and Quebec when trade agreements are struck. Our analysis revealed that the Government of Canada can, without undue effort and if it so desires, take the corrective action necessary for employment equity measures¹⁴⁹ to protect them in the context of its international trade commitments. It is appropriate to speak of corrective action because trade agreements do not invalidate national public policies related to the employment equality of women. However, they do increase the requirements for the transparency of the standard, program administration, and the expectations of foreign businesses. Does the Government of Canada desire such reinforcements? This choice would go against the ideology of "less state" and the deregulation movement begun by the Canadian state. Yet, it is not the legal consequence of trade agreements; rather it is the source and ideological consequence thereof.

The opinion of investors, contractors and foreign producers who hire in Canada must also be taken into consideration. While it was common to receive criticism from businesses about employment equity in a totally "domestic" context, the arguments against employment equity that arise from concerns about competitiveness, productivity, even quite simply the costs created by the implementation of employment equity plans in businesses, take on another shape when placed in an international context. In fact, in some respects, this criticism is no longer simply criticism. It is also the veiled expression of grievances based on the "rights of foreign businesses" that hire in Canada. The employment equity decision-makers feel this new resistance. Does Canada have the political means for its public policies? This question has a specific impact on the rights of Canadian women.

It is difficult to say, because there is no methodology in Canada designed for the systematic and preventive review of the effect of trade on national policy designed to promote the right of Canadian women to employment equality. However, these questions can be considered only on a case-by-case basis, depending on the trade agreements involved. In the case of employment equity measures, we have reached the conclusion that trade agreement ratification by Canada means that more trade also requires "more state." Is this politically viable?

The last part of this study looks specifically into the issue of the need for gendered or gender-based analysis of international trade and national public policies. It does not reinvent the wheel, as many studies and models are devoted to the matter. Rather, it submits these models to the specific requirements of the topic under analysis (public policies designed for women) in the context of developed societies where state apparatus is sophisticated, as are the modes of implementing women's right to equality. Here, employment equity measures serve as a benchmark.

PART 3: THE IMPACT OF TRADE AGREEMENTS ON CANADIAN REGULATION OF EMPLOYMENT EQUITY: CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS DRAWN FROM THE CASE STUDY

9. GENDER-BASED ANALYSIS AND THE IMPACT OF TRADE AGREEMENTS: AN EMERGING ISSUE

GBA and Development

Gender-based or gendered analysis (GBA) emerged from debates in the 1970s surrounding the complicated intersections between Marxism, feminism and development. Today, new realities are at play, including the reality of international trade. Nothing currently contests the fact that seemingly neutral policies have different effects on women and men. GBA expresses the need to develop "measuring" tools designed to determine this impact. In accordance with the theory of gender equality, there are many situations in which identifying the detrimental effects of a policy specific to women leads to the need to implement suitable solutions to correct the disadvantages experienced.

The first GBA tools were designed to analyse developmental policies (Overholt *et al.*, 1984; Moser, 1993), an area in which divergent approaches clashed. Overholt *et al.* (1984) suggested a model centred on identifying development solutions based on women's needs. This model disassociated itself from the issue of organizing power relationships to favour the design of development policies that were adapted to women. Moser (1993) developed a model for taking into account women's needs that went beyond simply correcting inequality. According to Moser, who contributed to the work of the World Bank, the main objective of development policies that take into account the aspect of gender is to restore women's autonomy of decision making while contributing to fighting poverty and inequality in development.¹⁵⁰

Recently, Hlupelik Longwe (2001) and Kabeer (1994) inquired further into the integration of social concerns, the need for women to have more political and economic power, and the recognition of women's right to participate in managing primary resources. The work of Hlupelike Longwe made it possible to spread the model of the Women's Empowerment Framework. The author describes *empowerment*¹⁵¹ as a "process by which a person, or a social group, gains control over the means that make it possible to become personally aware, strengthen one's potential and transform oneself from the perspective of developing and improving one's living conditions and environment [translation ours]." Hlupelike Longwe's method of analysis proposes markers¹⁵² to identify the level of empowerment of a measure, program or policy.

The ideal measure is one that emanates from the women concerned by this measure, enabling their control over its implementation and execution (Hlupelike Longwe, 2001). Hlupelike Longwe refers to the "cycle" of empowerment (Hlupelike Longwe, 2001). The Women's Empowerment Framework has a more political connotation than other methods of analysis. However, it does not take account of the interdependence of economic and social measures.

This process of interdependence between norms and behaviour is at the heart of the discrimination to which women are subject. Kabeer (1994) has proposed examining the regulation processes as global processes for putting the human development of women at risk. Production is included in the broadest sense of all human activities that target well-being and poverty, as the consequence of unequal resource distribution, which Kabeer describes as being "the inequality of social relationships." Here, gender relations are perceived as one facet of social relationships. For Kabeer, the source of gender equality gaps must be determined.

International trade and the institutionalization of trade entail many local, national and international regulations, the effects of which are not neutral for women. In particular, trade agreements influence women's living conditions and rights, and this impact is distinct from that of which men bear the brunt (Brambilla, 2001; Joekees *et al.*, 1994; Haxton *et al.*, 1999). In this capacity, several studies have explored the effects of trade on women in developing countries (Allaert *et al.*, 2001; Allaert, 1997). Few studies or gender analysis models are suited to the needs and realities of women in developed countries, particularly with regard to the impact of trade agreements.

Trade Agreements and GBA

Gender-based analysis of trade policies was proposed by the United Nations (UN) and the International Labour Organization (ILO), among others, as a tool for preventing damage that could result from the blind application of standards that are not adapted to the specific needs of certain target populations. We note in this regard the efforts of various agencies, such as the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), to raise the WTO's awareness of the need to take an interest in the impact of trade agreements on vulnerable populations. For example, UNCTAD, in collaboration with the United Nations Development Program (UNDP) and the Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), submitted a document addressing the importance of a perspective based on gender-based analysis (UN, 1996) to the WTO Ministerial Review Conference in Jakarta in 1996.

Aside from these institutions, several women-based Non-Governmental Organizations (NGO) have featured the use of a gender-based analysis. This is the case of the Women's Environment and Development Organization (WEDO), which recommended the implementation of gendered analysis on its site (WEDO, 2002). We also note the work of the Women in Development Europe (WIDE) Network, an umbrella agency that groups various NGOs,¹⁵³ and the work of the Association for Women's Rights in Development (AWID).¹⁵⁴ In terms of research, some more recent work has analysed the impact of trade agreements and trade rules on the capacity of public and private agents to adopt rules that are designed to promote women's equality. Note the work of Evers (1999) (IDS, 1998), for example. In effect, it is necessary to distinguish those efforts that are designed to integrate gendered analysis into international and regional trade institutions from those that more specifically try to promote the duty of states to analyse the impact of trade policies on their own capacity to adopt national policies for women. Moreover, Hassalani has stressed that the efforts of women who want to be heard in forums of the WTO and the future FTAA

have had few repercussions so far, despite the emergence of lobbies, such as the Informal Working Group on Gender and Trade (IWGGT), which attempts to make itself heard by the WTO. According to Hassalani, these groups have experienced some success with forums parallel to the WTO, such as the United Nations or the ILO (Hassalani, 2000). However, certain other breakthroughs should be noted.

The Asia-Pacific Economic Cooperation¹⁵⁵ (APEC) is the organization that has made the most serious efforts in integrating a gender perspective and analysis in trade and development. This effort is obvious, not only from an institutional point of view, but also because a large amount of data concerning women and trade were made available. The case of the ratio of women doing unpaid work is a good example of this. APEC also distributed data concerning women managing businesses and statistics on the types of job held by women, including salary brackets. The creation of the SOM Ad Hoc Task Force on the Integration of Women and the Ad Hoc Advisory Group on Gender Integration (AGGI) generated work studies that made it possible to adopt a Joint Statement on women, development and trade¹⁵⁶ during the 2002 APEC Ministerial Meeting on women. In 2001, the APEC AGGI prepared a guide for assessing the role of women in APEC projects and the impact of its projects on women. However, all of this effort is not necessarily reflected in the Collective Action Plans (CAPs) or Individual Action Plans (IAPs),¹⁵⁷ which are the annual reports related to the global economic policies of APEC and its member states. Nothing in these reports indicates a gender-based analysis of the impact of these policies (Gibb, 2000).

The European Commission is developing tools for measuring the social impact of trade agreements on entire populations, for both industrialized and developing nations. This is the Sustainability Impact Assessment (SIA) project (IDPM, 2003b). In addition, in 1995 the Commonwealth Secretariat adopted a Plan of Action for Development that incorporates the notion of gender. Gender-based analysis of policies was developed under this Plan (Sen, 1999).

The SIA is a vast project that focuses on the economic and social impact of WTO trade negotiations on both developed and developing countries. This project was ordered by the European Commission. It is directed by the Institute for Development Policy and Management (IDPM) of the University of Manchester, in the United Kingdom. The final report was submitted in 2003 (IDPM, 2003b). The project involves an estimate of the long-term impact of trade. These impacts are assessed in various liberalized trade sectors.¹⁵⁸ The novelty of the model rests on the fact that economic, environmental and social impacts were all assessed at the same time. To proceed with the evaluation, researchers used various types of markers, related to employment, gender equality, or equity.

The first objective of research was to advise European Union negotiators in rounds of negotiations with the WTO and to provide them with tools to assess the impact of measures recommended during negotiations. However, at this time, the published reports focus on certain aspects of employment equity that concern a generic group other than women—consumers. For example, the long-term impact of liberalization to increase the competitiveness of businesses on developed countries comes down to two things: the evaluation of the positive impact on the choice of commodities available to consumers and the positive impact on access to health services (IDPM, 2003a). The studies only touch on

the issue of the possible negative impact of liberalization of European trade on labour standards in developed countries (Kirkpatrick *et al.*, 1999). Thus, we had few preconceived notions when we ventured down the unknown path of the gender-based analysis of the impact of trade policies, and analysis of the capacity of states to maintain or adopt national regulations destined for women. This in large part justifies our use of a case study. Nor was the Canadian GBA model a great help, despite its virtues and successes.

Canada, GBA and National Policies

The method of gendered or gender-based analysis put forward by Status of Women Canada (1998) is broken down into eight steps. It is structured so that it reproduces the steps generally followed by government authorities who develop policies. The analysis, which is detailed in annex VI, aims mainly to clarify the issues raised by the measure (step 1), to define the desired results (step 2), to conduct research (step 4) and to assess the quality of the approach (step 8). This method explores the *source* of the regulation, in other words the standard that produces the equity or inequality. GBA has been successful, as shown in the case of Health Canada (2002) and the Canadian International Development Agency (CIDA) (1999).

Health Canada designated 12 determinants of health that include considerations related to gender-based analysis and to gender relations. These determinants are income and social status; employment; education; social environments; physical environments; healthy child development; personal health practices and coping skills; health services; social support networks; biology and genetic endowment; gender and culture. In 1993, Health Canada also created the Women's Health Bureau. This Bureau is not a program or a funding agency, but is generally concerned with policies. It works with the other divisions and branches of the department to promote the policies and programs that adequately meet women's health needs, to improve the understanding of gender as a determinant of health. The Bureau maintains relations with other federal departments, provincial governments and national and international agencies. Despite the great progress made in this regard, it seems that the impact of trade agreements on women's health (in terms of access to medication or the quality of medication, for example) has not been considered directly, nor does it seem that relations maintained by the Women's Health Bureau extend to DFAIT.

The case of CIDA also speaks for itself. For CIDA, gender equality ranges from women's access to decisions in the sustainable development process, to resources, to respecting fundamental rights, and to sharing and controlling the benefits of development (CIDA, 1999). The recognition guide for gender equality requirements encompasses several considerations: the environment, deforestation, access to basic services, etc., but not trade.

The GBA methodology intended for government decision-makers, includes a low potential for transversality when the effects of trade on women are concerned. By proposing the implementation of this methodology to each department, it is obvious that the inclusion of gender relations in policy development becomes disciplinary to some extent—health, for example. Of course, this facilitates imputability. Yet, trade itself is not monodisciplinary in nature. Decisions related to liberalizing trade traverse all government jurisdiction. A systemic application of GBA methodology would mean that DFAIT should assume all of

the analyses related to all trade policies that are likely to affect one or another field of jurisdiction of another department or organization, and this because international trade is within its jurisdiction. The problem is that, with the exception of foreign affairs, international trade is DFAIT's only jurisdiction! So, how can multidimensional aspects be considered, and particularly, how can this be integrated with considerations related to women and gender relations? DFAIT acknowledges that the issue is difficult and that it requires further consideration. Its representatives also acknowledge that it is difficult to broaden the "natural" circle of DFAIT partners (Industry, Trade and Commerce, Agriculture, and now HRSDC) and that, despite recent interaction, communication is neither clear nor sustained between DFAIT and Status of Women Canada, for example.¹⁵⁹ However, just as DFAIT's main jurisdiction is international trade, nor does Status of Women Canada hold universal jurisdiction within the federal government.

This brief overview of the situation indicates that, between recognizing the need for gender-based analysis of national and international policies, and the implementation of GBA strategies within the administrations of developing countries, some important links are still missing. Among others, the issue of subjecting trade policies to mandatory GBA clearly illustrates

the limitations of a "department-by-department" approach and the challenge that opening up this approach would entail. Ideally, a trade policy project, but more particularly a trade sector liberalization project with Canadian commitment, should be submitted to all departments concerned for opinions and advice. Not only is this not the case, but it must also be concluded that models still need to be created. In fact, in the specific case of trade agreements and commercial institutions, everything indicates that pressure from the women's movement toward inclusion of gender relations in developing and implementing such agreements is developing more quickly internationally than nationally. This situation is fairly anachronistic, insofar as it denies the day-to-day reality of women who are geographically and politically "situated".

The next section delves further into this issue, within the Canadian context. Drawing on the completed case study, it leads to recommendations that are designed to promote useful dialogue at the national level between women and DFAIT, and to a consideration of gender-based analysis of the impact of Canadian decisions on international trade.¹⁶⁰

10. THE ABSENCE OF CONSULTATION MECHANISMS AND A FAILURE TO CONSIDER THE IMPACT OF TRADE ON CANADIAN WOMEN

To support this proposal, we decided to focus our analysis on two aspects: DFAIT's own consultation mechanisms, and the recent work by the parliamentary Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade (SCFAIT), which held important hearings in 1999 and 2001 on the impact of trade on Canadians.

DFAIT

When trade policies need to be developed, DFAIT has recourse to several advisory agencies. In 2000, Hassalani drew up an inventory of these advisory agencies, yet SCFAIT remains by far the broadest forum for consultation. Obviously, it does not fall under DFAIT. Consultations organized by the SCFAIT are made on an *ad hoc* basis, and not on an institutional or permanent basis (Hassalani, 2000).

DFAIT regularly conducts federal-provincial-territorial consultations, often under cover of discretion. Business representatives are sometimes invited (Hassalani, 2000). Consultative mechanisms include Sectorial Advisory Groups on International Trade (SAGIT). Though unions were once involved in the work of these groups, this is no longer the case, and women are clearly under-represented. To satisfy our curiosity, we requested and received from DFAIT the list (2002) of the members of three of these sectorial groups. Health and medical services, Services and Environment. The "Health and medical services" Group included three women (out of 19 members). They represented the pharmaceutical and hospital sectors. The "Services" Group had four women (out of 20 members) and no members represented the unions, much less consumer protection groups. The "Environment" Group included two women, including one representative from the Sierra Club of Canada. Of course, the claim is that these groups are of interest mainly to the business community. However, considering their influence on trade policies, should this impression not be reviewed and the SAGIT opened to other representatives, including women?

DFAIT also maintains a dialogue with two advisory groups that come directly under the Office of the Minister of Foreign Affairs: the Team Canada Inc. Advisory Board, composed of 20 industry spokespersons,¹⁶¹ and the Academic Advisory Council on Canadian Trade Policy, which is composed of specialists in free trade. This group is the reflection of the list of experts surveyed by DFAIT in its studies on academic research into free trade. According to a survey (Mugga, 2002), only 5% of research and opinions solicited concern the social arena in the broad sense. Moreover, note that these first two groups do not appear on the DFAIT site and, that therefore, their existence cannot easily be known to the general public.¹⁶²

Major Consultations

Since 1999, the Canadian Parliament has held three major public consultations devoted to the impact of international and regional trade on the lives of Canadians (Parliament, 1999a,

1999b, 2002). We felt it appropriate to verify whether issues related to considering the point of view of Canadian women on trade, and issues related to the gender-based analysis of the impact of trade, had been addressed in any way in the course of this work.

The 1999 consultation on the WTO and the Program for the Millenium gave rise to several recommendations, which echoed to the general dissatisfaction with the secret and non-democratic nature of trade negotiations. This was also at the peak of debates on the inclusion of a social clause in WTO agreements.¹⁶³ Several recommendations dealt with these concerns. Recommendations 1, 4, 5 set the tone on the subject of consultation. However, none of the recommendations include an explicit or particular commitment involving women, their general rights or their right to consultation and information. Of the four women's groups that participated in the debates, none made a recommendation in this regard, nor statements to promote GBA in trade agreements or even in determining trade policy in Canada. However, environmentalists were better at making themselves heard. Thus, the Government of Canada created a place of examination and a mechanism related to the environmental assessment of trade negotiations under way within the WTO.¹⁶⁴

Should it be a surprise that no women's groups appearing before the SCFAIT in 1999 attended Committee hearings in 2002 on the new WTO round? Recommendations from the most recent round of consultations placed greater importance on the lack of transparency in the trade agreement negotiation process:

That the Government of Canada actively and with renewed urgency continue its efforts to achieve WTO consensus on the establishment of a permanent WTO parliamentary mechanism to provide closer association of Members of Parliaments and elected officials with the work of the WTO, and in connecting the WTO with citizens and the global public. Issues to be addressed in designing such a mechanism include: how to structure and finance the organization; how to determine representation; and how to define its institutional links with the WTO (Parliament, 2002, recommendation 26).

However, once again, the gains are greater for the environment:

That the federal government propose to WTO Members that the International Labour Organization and the United Nations Environment Programme be allowed to contribute their specialized expertise to the negotiating process (Parliament, 2002, recommendation 28).

SCFAIT hearings held in 1999 on establishing the FTAA reported even smaller gains from the standpoint of including the interests and rights of women. Only the National Action Committee appeared at that time. In the context of these hearings, SCFAIT decided to promote the respect of basic labour standards in trade agreements, without even exploring the issue of the relationship of women in trade and labour, or even the pertinence of the 1998 ILO Statement on the fundamental rights of workers¹⁶⁵ from the standpoint of women (Parliament, 1999b, recommendation 10).

In conclusion, we believe that it is not an exaggeration to state that relations between Canadian women, DFAIT and Parliament are at an impasse regarding trade, with the exception of the case of women entrepreneurs.¹⁶⁶ Why? A few explanations are plausible:

- DFAIT is not a department that has shown a particular commitment toward GBA;
- the GBA methodology developed in Canada gives preference to a thematic and sector-based approach that is not favourable to the gender-based analysis of trade policies and the impact of trade agreements;
- DFAIT did not consider developing a proactive and educational approach designed to interest women and their representative associations in the realities of trade agreements and the processes and procedures of ad hoc or regular consultations that go with them;
- research designed to promote the gender-based analysis of the impact of trade agreements on national and infra-national regulations is a long time in coming in developed countries;
- women and their representative associations are neither in a position to take an interest nor interested in this issue.

This last theory requires some commentary

Women and Trade

In the past year, we have unsuccessfully tried to interest certain women's groups in our work, particularly in Quebec. This strange quest led us to the discovery that, aside from the significant opposition of women to the politically legitimate integrating effect of trade agreements, the technical knowledge of what a trade agreement is, and what rules they promote, is widely lacking. Perhaps we can make an exception here with regard to chapter 11 of NAFTA on investments, and around which large sections of Canadian civil society are organized. Representative associations of women are more "naturally" inclined to think "outside the box" than inside, despite the reality of economic integration. Consider this concrete example: For all practical purposes, it was impossible to organize a workshop or consultation dealing directly with the actual mechanism of the "lists" of the GATS, as the WTO agreement was still firmly established, rightly or wrongly, in the role of "fox in the henhouse of the common good." However, the involvement of women and their representative associations in preparing the Initial Conditional Offer that Canada submitted in March 2003¹⁶⁷ to the WTO could have been a training hotbed. Only a very small group was aware of this approach while, on the other hand, the business community was mobilized. This proves that the DFAIT strategy designed to consult Canadian women on-line has some obvious limitations. However, the ground rules are clear: in order to be consulted effectively, it is necessary to be well informed.

In such a context, it is understood that the main question raised by our case study, namely the gendered analysis of the impact of trade agreements on Canadian regulation promoting the equality of women, is premature for consultation purposes. Some researchers suspect that one of the victories of trade agreements is to contribute to creating a paralysing effect

on domestic regulation (Appel Molot, 2002), despite the content of these agreements. If they are right, the deficiency in Canadian women's knowledge would be even more dramatic.

With the help of *Services aux collectivités de l'UQAM*, the institution to which the author of this report belongs, it was agreed to organize an initial community training session for groups of women that would address the content and general rules of trade agreements. This is a start. There are four objectives to this: 1) to publicize the basic rules of international trade and trade agreements, which are multiplying endlessly; 2) to identify the places and moments in the life of trade agreements of which Canadian women may need to be consulted and effectively heard in order to set forth a gender perspective in trade policy in Canada; 3) to encourage the development of a basic methodology that would make it possible to create ties between local regulations that are favourable to women and the impact of rules and trade agreements on them; and, lastly, 4) to generally demystify trade agreements. We feel these objectives are prerequisites to the claim for effective and systematic consultation in developing trade policies that respect the right of Canadian women to equality and dignity. As we see it, the question is this: what is the true role in the impoverishment and exclusion of Canadian women, of international trade rules (Lamarche *et al.*, 2003)?

11. SOME RECOMMENDATIONS

1. **Broaden the scope of GBA to include Canada's trade policies and commitments, as a function of the importance of domestic regulations for the equality of women.**

Trade must be removed from DFAIT and the scope of GBA must be broadened. A department or organization that is not a "natural partner" of DFAIT (Industry Canada, for example) will likely not be informed in due time of the progress of international trade negotiations or the requirements that stem from Canada's trade commitments and may influence regulation, for the supervision, compliance and implementation of which it is responsible. This same department or organization, in conducting a gender-based analysis of the impact of its policies and programs, is not very likely to check whether existing or planned policies that would favour the equality of women and gender equity comply with Canada's trade commitments, particularly in accordance with trade agreements, except when so alerted by civil society.

We recommend that, in the GBA methodology recommended by Status of Women Canada, the requirement be explicitly set out to assess the stakes of a domestic policy, program or regulation by the yardstick of Canada's trade commitments, and this in order to evaluate the impact of these commitments on the capacity of a department or organization to retain such programs that are likely to directly or indirectly improve the fate of Canadian women.

This requirement could include a suitable mechanism of departmental accountability.

2. **Promote conditions for active dialogue between DFAIT, Canadian women and their representative associations.**

DFAIT has useful networking groups with the public and the business community, including Sectorial Advisory Groups on International Trade.

DFAIT, which is currently cut off from associations that represent women in Canada, could consider regular and statutory participation in these associations on the work of SAGIT, in particular through the intervention of unions, committees dealing with the status of women, and professional associations with a significant percentage of female employees.

3. **Oblige the Government of Canada and DFAIT to proactively train and inform Canadian women.**

In its most recent Global report under the follow-up to the ILO declaration on fundamental principles and rights at work titled *Time for equality at work* (ILO, 2004), the International Labour Office (ILO) reserved a section of the report for an integrating of gender issues and for an audit. It notes that the integration of concerns tied to gender relations and gender equality are not limited to the prohibition of discrimination. As an example, the ILO acknowledges the low concern for women's interests within the World Commission on

the Social Dimension of Globalization (World Commission, 2004), created recently. Furthermore, organizations that control human rights instruments assert more and more clearly the proactive obligation of states regarding gender equality.

When this involves international trade and Canada's trade commitments, Canadian women are deprived of useful information that would enable them to grasp the impact of trade agreements on their living conditions and on the regulation that promotes their right to equality.

It is essential and urgent that the Government of Canada, through the intervention of Status of Women Canada, facilitate the deployment of "training" measures designed to increase Canadian women's participation in and attention to the trade commitments signed by Canada.

4. Intensify the participation of Canadian women in SCFAIT's work.

The participation of Canadian women in SCFAIT's work must be intensified. The recent SCFAIT hearings on international trade and the interests of Canadians were poorly attended by associations representing women. From 1999 to 2001, this participation, already poor, actually decreased. As a result, none of the recommendations of the Committee or Sub-committee on trade, trade disputes and international investments specifically concerned the interests of Canadian women or the issue of Canadian women's right to equality or gender equity in international trade.

SCFAIT must work to garner the well-informed participation of women, and the associations that represent them, in their future activities.

5. Conduct research on gender at DFAIT.

DFAIT must broaden its field of analysis in order to include the social dimensions of international trade. To our knowledge, no study has been conducted concerning the gender-based analysis of the impact of the trade policies and agreements that bind Canada. Nor do any research programs aimed at such objectives exist.

DFAIT must identify those areas of national regulation that contribute to gender equality and submit them to an independent analysis as a function of trade agreement requirements. Employment equity policies, health policies, child care policies and education policies should be deemed a priority due to the daily impact they have on the life of Canadian women. This research should be widely publicized.

It seems to us that these are the minimum recommendations that would prevent us from noting once again, as we were called upon to do, the complete *disconnection* between trade policies, Canadian women and the national mechanisms designed to promote the equality of women.

The next and final section of this study is set aside for recommendations that are specifically designed to retain the Canadian employment equity model, given the trade agreements to which Canada is party and the commitments it has signed under these agreements. In many cases, these recommendations are technical in nature and concern certain particular WTO and NAFTA agreements. They follow directly from the analysis in the previous sections. Although we are not proposing an "all purpose" model, we believe that the recommendations would provide a context from which other Canadian policies likely to promote Canadian women's right to equality could also be analysed. The recommendations propose downward and upward slopes for trade policies, although with regard to the case study, we can only react *a posteriori* and note that no previous review has been conducted on the impact of trade policies on the mechanisms that are designed to protect and promote the labour rights of Canadian women.

12. PATHS FOR RETAINING THE CANADIAN EMPLOYMENT EQUITY MODEL WHEN STRIKING TRADE AGREEMENTS

The recommendations set out in this sub-section are organized by four topics: 1) the negotiation dynamic and the negotiation of trade agreements; 2) strengthening the FCP; 3) the need to strengthen (and, thus, amend) the *Employment Equity Act*, and lastly, 4) the need to increase collaboration between HRSDC and the CHRC. These recommendations take into account the most recent assessments conducted on the topic. More particularly, we note the report of the Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities (SCHRDPD, 2002a), which was a result of the first five-year review of the Act, the HRSDC report on the assessment of the FCP (HRSDC, 2002), and, lastly, the independent audit report conducted on behalf of the CHRC and dealing with the Employment Equity Division.¹⁶⁸ None of these studies has taken into account the "trade" aspect of employment equity measures from the standpoint of their compliance. Yet, this is precisely what matters! The recommendations that follow suppose that the alignment that distinguishes the analysis of so-called "domestic" and trade policies in Canada is no longer viable in the current context. Likewise, the application of the GBA model to "domestic" policies does not enable better consideration of the effects of trade on women, because it, too, isolates the "domestic" policies from one another and it does not integrate the "trade" variable into each of these analyses.

Negotiate and Re-negotiate the Content of Trade Commitments by Taking into Account Domestic Employment Equity Regulations

It seems that three aspects of the issue of a gender-based review of the impact of trade agreements should be noted here: consultation with women's groups, a break-down of data on the employment of women as a function of trade commitments made by Canada, and, third, the very content of international or regional trade commitments and agreements.

Consultation

Our study confirmed the need to develop, before and after trade agreements and trade commitments are concluded by Canada, an inter-departmental, inter-agency and inter-governmental methodology designed for the consultation and evaluation of the impact of these agreements and commitments on domestic control and regulation likely to promote women's right to equality. We include employment equity measures (legislative or otherwise) in this category. In terms of employment equity, we conclude that, paradoxically, trade agreements that bind Canada require the reform or abandonment of such measures. These measures are not illicit, but rather imperfect given the requirements that stem from the agreements examined. Communication with the CHRC¹⁶⁹ confirmed that this new challenge has never been addressed, systematically or accidentally, between CHRC and DFAIT, and this is only to speak of the policy that concerns us.

6. DFAIT must develop a consultation system with the other federal departments and agencies and with other levels of government to assess the impact of a given commitment on Canadian policies and regulations that contribute to promoting women's right to equality, BEFORE Canada ratifies that trade agreement.
7. This consultation must not be directed *a priori* toward DFAIT, but rather be accessible to all government stakeholders in order to promote a cross-sectoral approach for analysing the impact of trade agreements on women and on domestic regulation, on which the promotion of equality depends.
8. Following ratification of a trade agreement, DFAIT must encourage each organization and level of government to assess the need to reform and adapt legislation, policies and programs likely to concern women, as a function of the trade commitments made.
9. In every case, particular attention shall be paid to the legislation and programs that are directly linked to human rights and the implementation of women's fundamental right to equality. Such is the case of the *Employment Equity Act* and the FCP, the implementation of which depends primarily on HRSDC and the CHRC.
10. Rather than make DFAIT the only authority for considering the gendered effects of trade agreements, the government must establish that DFAIT's role is being that of a "watchdog," for which each organization and department would also be responsible.
11. This specific responsibility of DFAIT could be described as one of the specific applications of the GBA method recommended by Status of Women Canada to DFAIT.

In our view, this innovative use of the gender-based analysis of trade agreements is the best guarantee against the risk of regulatory inertia that is presumed to result from trade agreements. In this way, the particular nature of Canadian policies for the promotion of women's employment equity rights would be protected from challenge "by default."

The Breakdown of Data Related to the Employment of Women and Trade Agreements

The Canadian employment equity model depends on certain realities that are to the structure of businesses, including their size (one hundred employees or more) and their activity sector (federal jurisdiction). The new economic situation has already adversely affected the premises of this model, businesses break apart and the employment of women manifests itself based on the location and type of employment (homebound, part-time or independent employment). This brings consequences with regard to women's capacity to obtain their proper share of the job wealth and jobs of equivalent quality to those that were historically allocated to them through employment equity measures. Moreover, recent data indicates that the "new" employment of women is growing in some specific sectors, including the services sector, of course.

Trade agreements to which Canada is party assume Canada's determination (in an international "give-and-take" relationship, needless to say) of specific parameters, the function of which is to define trade sectors and sub-sectors that may or may not be subject to new rules of ratified agreements. Sectors may be liberalized gradually or kept apart from the desired liberalization. This negotiation is not stopped once and for all, but is instead continuous. There are rounds of negotiations. Government research tends to presume that liberalization is necessarily good for the employment of women because it promotes economic growth and, in some cases, the growth of employment in absolute terms. However, nothing leads us to believe that in following upon this assertion, particular attention was paid to the link between the type and sectors of business present in Canada (which were affected by this liberalization movement) and access by female workers to the benefit of employment equity measures. Jobs can be created, but it is less obvious to create quality jobs in businesses and sectors that are subject to employment equity measures. Likewise, the employment of women can be promoted, but what effect does liberalization have on sectors and the size of businesses that are likely to employ women?

In the case of the AGP, the liberalization movement, still greatly moderated, tends to enable foreign businesses operating abroad to obtain government contracts for providing goods or services. In this context, Canada can choose government entities and the nature of the contracts that will be subject to this liberalization. Based on these choices, the employment of women in a bidding business and the quality of jobs thus created in Canada will vary. The more open government contracts are to foreign businesses, the less effective the FCP is. In fact, it concerns only businesses operating in Canada and hiring more than one hundred employees.

A third point must be raised here. In Canada, there is a program that sets aside certain government contracts for aboriginals. The first part of this case study discussed the PSAB. It is hoped that this program benefits aboriginal women directly (women entrepreneurs) or indirectly (women employed by aboriginal businesses), but this data is not available. In any case, we were surprised to note that the federal government, more particularly DFAIT, is not considering extending this program to women entrepreneurs in general. As we have mentioned, nothing in the Memorandum addressing Canada's ratification of the AGP or NAFTA would indicate such a consideration. Moreover, the PSAB offers enough guarantees of transparency and equity so that a claim cannot be made that such a program for women in general contravenes the rules of the AGP or NAFTA. In this regard, it is a moot point because, it seems, owners of small businesses prefer the benefits of liberalization and of the rules set by the AGP. But what about women?

There are no answers for any of the scenarios above. Of course, the federal government has general data on employment, but it has not analysed the data to determine how liberalization in industry sectors increases or decreases the access of female workers to employment equity measures, as a domestic regulation that contributes to promoting women's right to equality.

12. In all cases in which the federal government and DFAIT set consultation and negotiation processes in motion to establish or increase the Canadian industry sectors and sub-sectors subject to liberalization, an analysis should be conducted to

determine the impact of planned liberalization on the scope of the *Employment Equity Act* and the FCP. As an organization accountable for checking businesses' employment equity plans, the CHRC could give DFAIT relevant advice in this regard. As a department accountable for the *Employment Equity Act*, the same can be said for HRSDC.

13. The eventual increase in the number of governmental or sub-governmental entities that are subject to the rules of the AGP, and the revision of the types of goods and services procured by entities that are excluded from this agreement, should be subject to the same review.
14. The federal government and DFAIT should consider initiating a consultation that assesses interest, within the community of women who own small and very small businesses in Canada, in benefiting from Canada's position in the AGP and NAFTA which could provide that these agreements would not apply to contracts set aside for small businesses and businesses owned by minorities.

Choosing to Influence the Interpretation of the GATS, the AGP and NAFTA

In this study, we have stressed that environmental issues receive more attention than human rights issues in the content of trade agreements. Likely the most eloquent example is article 1114(1) of NAFTA, which sets out the possibility for member states to legitimately adopt protection measures that are likely to contravene NAFTA content related to public health and safety or the environment. So, how can employment equity measures in Canada be protected in a context of silence? Some vehicles set out by the trade agreements we have examined might contribute to making the legitimacy of such measures more obvious and conclusive, in following upon the interpretation of trade agreements. Nothing prevents Canada from contributing to the development of a certain "state practice" designed to assert such legitimacy.

NAFTA member states have used such methods (the Memorandum of Interpretation) when they felt that chapter 11 could threaten the legitimacy of internal regulations with which investors had been unhappy. Using the customary standards of international law, they indirectly confirmed that the development of standards does not mean that the regulatory action exercised in good faith by a state is the same as a direct or indirect expropriation of foreign investors.¹⁷⁰

In the context of the WTO, some participants "beat around the bush" following the ratification of multilateral agreements, such as the GATS. Discussion ensued to fully ensure that it was understood that proactive employment equity measures in no way contravene the GATS rules. There was discontent.

It seems to us that Canada, and the other states that promote the proactive practices and measures of employment equity designed for women, among others, should bring its national gains to the international scene to avoid unanticipated blunders. The country has some access to certain such methods to this end. Moreover, the Canadian practice

of employment equity, as with other programs designed for the social promotion of disadvantaged groups, has received the support of provincial and territorial governments, which did not hesitate to confirm in the AIT that such programs express legitimate objectives justifying non-discriminatory derogations of the rules set out by the Agreement.¹⁷¹

15. In all of the institutional forums available, particularly within the NAFTA Free Trade Commission, Canada should take every opportunity to assert that Canadian employment equity programs, and all of the programs designed for the social promotion of disadvantaged groups, are a reasonable and legitimate exercise of Canada's right to implement the fundamental right to employment equality (for all its citizens).
16. In terms of the WTO, Canada could consider taking the opportunity to submit periodic reports to the Trade Policy Review Mechanism (TPRM)¹⁷² in order to reiterate the legitimacy of Canadian employment equity measures.
17. In terms of the WTO, Canada could consider submitting to the Working Party on GATS Rules the need to confirm that such measures are legitimate and that the rules of the GATS do not contravene a state's capacity to reinforce them.¹⁷³
18. Finally, if the opportunity arises, Canada could consider improving the initial Conditional Offer pursuant to the GATS that it submitted in March 2003, and which is not a final document. On the issue of the horizontal commitments that accompany the sub-sectors' offer of liberalization, this improvement could involve a clarification to the effect that the benefit of national treatment will be possible only when foreign businesses hiring in Canada comply with employment equity regulation.

Strengthening the Federal Contractors Program

As we stated in the first part of this study, the FCP is a program that is disliked and, to some extent, left to its own devices. HRSDC acknowledges¹⁷⁴ its marginal impact on the employment of groups designated under the *Employment Equity Act*. The last thing that businesses that bid on government contracts and are not subject to the *Employment Equity Act* want is compliance with the Act itself! In fact, article 42(2) of the Act provides that it is the responsibility of the department accountable for the Act to ensure that the obligations of businesses that bid on government contracts or contracts under federal jurisdiction, are *equivalent* when they employ at least one hundred employees. At present, there is no equivalence between the obligations of these two groups. Bidders are bound to only a vague commitment to demonstrate employment equity, while businesses that are subject to the Act must undergo the entire audit process, resulting in the receipt of an audit certificate from the CHRC. Businesses bidding on government procurement contracts are not the ones who will complain about the current state of matters. Even less likely are the businesses under foreign control, which, even though they benefit from advantages set out by the AGP, cannot reasonably conclude that the FCP is some form of obstacle to their conducting their affairs.

For reasons of effectiveness and equity strictly related to the program, the department must therefore implement the provisions of section 42(2) of the *Employment Equity Act*. This goes without saying.

What occurs under the FCP? The answer is this: the government is becoming apathetic. Is this a sign of the paralysing effect referred to by Appel Molot¹⁷⁵ and which describes the general effect of regulatory inertia in an era when trade agreements are being struck in developed countries? The answer is not so simple. In its recent assessment of the FCP (HRDC, 2002), as in its assessment of the SCHRDSPD (2002a), HRSDC concluded that the implementation of section 42(2) of the Act and the creation of *equivalent* obligations for all businesses concerned by employment equity programs, must be encouraged. These conclusions are in no way inspired by a consideration of AGP requirements, but more simply by national findings. However, businesses, especially those that were not in the first wave of employment equity programs, including Canadian banks, resist. The group of resisters includes newcomers, but also very small businesses. As the CHRC has often noted, this latter group changes more quickly in a liberalized economy. It is also more unfamiliar with the culture of employment equity in business, and accepts the pertinence thereof less readily.

One thing is certain, such complaints from businesses influence the decision-makers. This explains the extreme reserve of the Government of Canada's response following the review of the *Employment Equity Act*.¹⁷⁶ For all practical purposes, this response did not include any significant commitment.

One of two things is true: either the FCP will remain an insignificant program in Canada or, to follow on the logic of Canada's international trade commitments, in particular with regard to the AGP, serious consideration will need to be given to strengthening it. To this end, and to ensure compliance of the FCP with the AGP, two recommendations are essential.

19. **The Minister of Labour must give effect to the provisions of section 42(2) of the *Employment Equity Act*, which sets out its obligation to ensure that equivalent obligations are imposed on businesses that are subject to the Act and those that are only subject to the requirements of the FCP.**
20. **Government procurement contracts must set out the contractual obligation of bidding businesses to which government contracts are awarded to (1) implement employment equity programs compliant with those set out by the *Employment Equity Act* or (2) comply with the Act itself.**

Revision of the *Employment Equity Act*

In part 2 of this study, we showed that trade agreements, in particular the GATS, generally impose a previously unequalled standard of transparency on national regulation. We also asserted and showed that the GATS does not challenge legislation, such as that of employment equity. However, it puts particular pressure on the Canadian model regarding transparency in legislation management. Contrary to what is often stated, Canada is not beyond criticism in this regard. Obviously, the more complex the legislative models, which is the case of the

Employment Equity Act, the more criticism is voiced regarding compliance with trade agreements

The five-year review of the *Employment Equity Act*, from which stemmed the report from the parliamentary Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities in June 2002, included several recommendations designed to ensure this transparency. Clearly, these recommendations were not based on an analysis of trade agreements and their requirements, but they do focus on these requirements. In our view, the following recommendations are the changes necessary to make the *Employment Equity Act* compliant with, among other things, the obligations for transparency of domestic regulation set out by the GATS

21. The 12-step methodology¹⁷⁷ designed for the implementation and verification of the Employment Equity Plan promoted by the CHRC must be clarified and defined in the Act. Several businesses claim that this requirement exceeds the CHRC's jurisdiction.
22. Article 11 of the *Employment Equity Act*, which stipulates that the employer must ensure reasonable progress as a function of the employment equity plan approved by the CHRC, must be amended to specify that the employer is under obligation to make reasonable progress.
23. Article 10(1)(a) of the *Employment Equity Act* provides that the employer must set out, in the employment equity plan, positive uses of recruiting, training, promotion and maintenance as a function of members of designated groups, in order to make long-term corrections to under-representation. The expression "positive use" must be specified in order to clearly indicate the employer's obligation to add special qualitative measures designed for each group designated by the Act, including women, to the numeric objectives of an employment equity plan.
24. Sections 25 to 28 of the Act must be amended to clarify the jurisdiction of the Employment Equity Tribunal and to enable the CHRC to refer to the Tribunal as soon as possible whenever a business refuses to negotiate, in good faith, the employment equity plan or its monitoring conditions, or whenever an employer does not act in good faith upon an order issued by the Commission. The conditions for referral to the Employment Equity Tribunal should also be stated.

According to the CHRC, relations with businesses are often difficult once the audit process of the employment equity plan begins. The main irritants are:

- The Commission's demand that self-identification of members from designated groups be completed again to obtain more reliable data on the composition of a business' workforce;
- Discussions about removing obstacles in order to obtain a policy on equitable hiring;

- Discussions about identifying appropriate geographical and availability catchment areas for recruitment purposes;
- Determining the numeric recruitment objectives to be attained;
- Identifying positive practices for ensuring an equitable representation of members of designated groups within a business;
- Methods for submitting to the workforce information on the implementation of the employment equity plan.

Businesses do not take part in employment equity happily, and it would be unacceptable to encourage this debate by transposing it into the arena of trade agreements. Moreover, these difficulties delay the turnaround time for an audit certificate (approximately two years according to Commission's annual reports). The recent audit conducted through the CHRC's Employment Equity Division by external auditors revealed that businesses are unhappy with the ambiguities in the Commission's jurisdictions.¹⁷⁸ Ambiguity and delays are not the best guarantees for the longevity of a social policy when trade agreements are struck!

Though they are designed to improve the situation of all designated groups, our recommendations have particular meaning in the case of women. In fact, women have made significant progress in the workforce, thanks to employment equity measures. Moreover, certain practices currently unfolding in business are designed mainly for them: flexible hours, reconciliation of work and family life, etc.

However, many people are inclined to think that the *Employment Equity Act* has outlived its usefulness, now that large-scale organizations have received certification of the initial employment equity plan. This optimistic vision, at best, leaves important issues in abeyance. What about the follow-up of these plans? What will happen to the qualitative measures intended for women, among others? How will control be exercised over attaining the numeric objectives set out in the employment equity plan?

Our research adds yet another question to these uncertainties: Is there a link, even an indirect one, between the absence of political will to strengthen the *Employment Equity Act* and the arrival of trade agreements? In our opinion, there is at least an ideological link between the two. With the onset of the liberalizing of trade comes the self-regulation of business. Analysis of the recent audit report and the external audit of the CHRC's Employment Equity Division reveal important factors in this regard. The chronic lack of resources with which the CHRC and HRSDC are faced, combined with pressure from promoting a conciliatory approach, limit the leeway that these two entities have with businesses. Meanwhile, experience from the years 1986-1996 has shown the limits of such an approach.

25. The Act entrusts to the CHRC a mandate to monitor employment equity plans. The CHRC must keep this mandate intact. Annual reports submitted to HRSDC by businesses that are subject to the Act are no substitute.

13. CONCLUSION

Amid these intertwined considerations lies a common thread, one that indicates that there is a link between the requirements that stem from trade agreements, and human rights and women's rights. While employers seem willing to agree to prohibiting discrimination on the general principle of the right and rule of law, they are showing increasing dissatisfaction with proactive, second-generation models. The legislator's silence speaks volumes. Will the legislator leave employment equity to languish in Canada? Rather than strengthen national and international legitimacy, this suggests an objective pursued "by default." Yet, the recommendations we propose here are in no way revolutionary. Recommendations that concern the *Employment Equity Act* or the FCP directly would probably have been deemed desirable in 1995, when the current EEA came into effect. This is no longer so certain today. Why?

Where will the silence of the legislator and decision-makers lead? What is the nature of this silence? We cannot deny that we were intrigued by the question posed by professor Appel Molot¹⁷⁹ at the symposium at Carleton, on NAFTA and chapter 11. Do trade agreements create regulatory paralysis at the national level? To conclude, we are tempted to say that they probably do.

Trade agreements change the state of mind of businesses and decision-makers. From an ideological point of view, they lead businesses to believe, consciously or unconsciously, that they have "new rights." However, the right to escape from or shirk national regulation does not exist. Still, when a careful look is given to the work of institutions, such as the CHRC, that must interact daily with businesses as an authority figure, it appears that this ideology of "new rights" is making headway. The obstruction exercised by businesses increases... and the legitimacy of institutions decreases. This subdued drama plays out far from antiglobalist forums. Indeed, it is difficult to grasp it if situations are not reviewed on a case-by-case basis.

These are the questions to which women's associations should pay closer attention. We hope that this study will encourage them to do so.

In concluding, we also hope to have given representative associations of Canadian women and women from Quebec the desire to undertake other case studies that will empirically reveal the specific nature of the risks run by the domestic policies and regulations that are necessary for the protection and promotion of women's equality rights. We are aware that this initial study is far from perfect. This only leaves us wanting more. Still, we hope we have in some way contributed to the arrival of a new generation of studies on women and trade agreements. Given how our questions were sometimes received, we must accept that a certain uneasiness remains to be dispelled.

ANNEX 1: HRSDC CLASSIFICATION OF BUSINESSES TARGETED BY THE EMPLOYMENT EQUITY ACT

The six indicators are based on numeric data submitted annually by employers in the context of their interaction with HRSDC. Points are given to various indicators for a maximum total of 16. The result is then transferred in complete literal notation that represents the business' performance against all of the indicators.

Indicator 1: Representation

Compare the representation of designated groups in the business to their outside availability.

Indicator 2: Concentration

Determine the representation of designated groups in the various employment categories to see whether there is an over-representation (concentration) in certain employment categories.

Indicator 3: Wage gap

Assess the distribution of designated groups on a business' salary scale.

Indicator 4: Recruitment

Compare the recruitment of members of designated groups and their availability in the job market.

Indicator 5: Promotion

Rate whether designated groups receive an equitable share of promotions pursuant to their representation in the business.

Indicator 6: Termination

Make a comparison between the percentage of termination of members from designated groups and their overall representation in the business and the percentage of termination for the entire workforce.

Good Practices Index (GPI)

Since the 2001 calendar year (HRSDC, 2001), an assessment of the narrative report has been added to the assessment conducted from statistics submitted in the annual report.

The GPI is graded out of five. The employer obtains an initial point if the report is submitted on time, three more points if it reports back on measures taken, results obtained and consultations made. Lastly, the employer obtains one last point if an attempt is made to explain abnormal gaps in the statistical results or if the results tally with the results from previous years. Note that, based on information from the department itself, it is not HRSDC that checks the content of reports sent by employers, but the CHRC.

ANNEX II: THE 12 STEPS TAKEN BY THE CHRC TO AUDIT COMPLIANCE WITH THE PROCESS FOR ADOPTING AND IMPLEMENTING THE EMPLOYMENT EQUITY PLAN

STEP 1: *investigation of the workforce and data collection*

Section 18(4) of the Act provides for the administration of a *voluntary* self-identification questionnaire related to membership in a group designated by the Act. Pursuant to this step, it is not impossible that the employer must repeat, at the request of the audit agent, the self-identification exercise in cases in which the response rate within the business is too low.

STEP 2: *analysis of the workforce*

For each occupational category, the employer must compare the share of termination and promotion of members of designated groups with the internal representation. The purpose of this exercise is numerical and is not differentiated, *a priori*, from the annual survey conducted by the HRSDC. However, monitoring equity plans would make it possible, should under-representation occur by termination in a given occupational category, to introduce elements to extract the causes of these terminations.

STEP 3: *the study of employment systems*

Although the *Employment Equity Regulations* do not specify it, the employment system means, according to the framework document adopted by the CHRC, all of the policies and practices concerning recruitment, selection, hiring, training, development, promotion, retention, termination and adjustment measures. In compliance with section 9(1)(d) and (e) of the Regulation, the auditor can order specific assessments of fluctuations in termination, if they exceed the internal representation in general.

STEP 4: *suppression of obstacles to attaining employment equity*

STEP 5: *adjustment measures*

Adjustment measures should be aimed at accessibility and the entire staffing process. When this requirement is discussed with the employer, the agent must ensure that the employer understands that the adjustment obligation concerns all employees and all candidates with special needs.

STEP 6: *positive policies and practices*

This step is crucial. The agent is under mandate to require the employer, where appropriate, to assess the relevance and timeliness of policies and practices deemed useful in attaining equitable representation. It is not the audit agent's responsibility to establish these practices and policies, but rather to require proof of their relevance and usefulness. The certificate of compliance with the Act, the ultimate step in the audit process, can therefore be subject to qualitative requirements.

These policies and practices have a universal reach, rather than being targeted and designed for the entire workforce. However, consultation of the *Employment Equity Compliance Reviews: Process and Reference Manual* reveals a strong incentive among audit agents so

that they insist on the importance of policies related to reconciliation of work and family life and flexible hours.

STEP 7: *recruitment and promotion objectives*

STEP 8: *representation objectives*

STEP 9: *follow-up, assessment and review of the Plan*

STEP 10: *information to be provided to the workforce*

STEP 11: *consultation*

STEP 12: *records maintenance*

ANNEX III: THE HSBC BANK OF CANADA AUDIT REPORT, PREPARED BY THE CHRC

Three types of information were taken from the report:

- **the review of employment systems:** this section contains the reasons given by the employer to explain the under-representation of the target groups. It also contains the analysis from the CHRC agent of the reasons given by the employer and the agent's own conclusions about this under-representation;
- **numeric data on under-representation:** this data is presented in a table. The table contains the following information for each group: 1. occupational groups, 2. the total number of employees by group, 3. the representation of women in number and percentage for each group, 4. the overall availability of women for this group based on a target zone, in number and percentage, 5. the levels of representation. In the censored version of the table that we obtained, columns 4 and 5 had been removed for all of the target groups;
- **the objectives of promotion and hiring:** these objectives were set from the under-representation of the target groups.

In order to suppress some information in the report sent, HSBC Bank of Canada had to show that this information was exclusive in nature and impossible to obtain otherwise. This could not be the case of the data regarding the number of employees by occupational group or the overall data on the availability of the target groups. All of this data is posted on the HRSDC Web site. This could not be the case either for other elements in the report dealing with the measures to eliminate barriers, measures of compromise and positive practices, elements made public previously in general by the narrative report in the annual reports sent to HRSDC. Therefore, what is left? The delimitation of target zones!

To calculate the rate of availability of members of target groups in a given employment category, the business must determine a geographic area in which it intends to recruit. This area is chosen **exclusively** by the business, subject to corrections made by the CHRC auditors. Without this information, it is impossible for a third party to calculate the rate of availability with certainty because it varies from region to region in Canada. For example, the rate of availability of women for senior positions is 21.2% in Toronto and 17.5% in Montreal. Of course, it is clearly impossible to know exactly when the business recruits its executives. Assuming that the information concerning the choice of target zones was not in the public domain, that this information had a "value" to the Bank and that it was always treated confidentially, which seems to be the case, all of the data obtained from this choice could therefore become confidential in turn. Hence, the absence of data on under-representation, the calculation of which depends on the rate of availability. Hiring objectives could also be excluded because they are based on under-representation.

At the risk of making a purely speculative interpretation, we believe that this business' situation reveals a deep-seated discomfort from the objectives desired by the *Employment Equity Act*. Obviously, HSBC Bank of Canada chose to protect its strategy for recruiting executives, if not

reveal that this strategic recruitment operates independently from the *Employment Equity Act* requirements, including those concerning the presence of women in management positions. Recruitment "abroad" of male executives is part of our theories.

ANNEX IV: REVIEW OF THE EMPLOYMENT EQUITY ACT UNDER THE REQUIREMENTS OF TRADE AGREEMENTS: QUESTIONS

The five-year review that the Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities recently completed revealed the weakness of means used by the CHRC to complete an audit compliant with the objectives of the Act, the insufficiency of its resources in that regard and the negative effects of the confusion of mandates entrusted to HRSDC and the CHRC. This review also revealed the preference of businesses for the report procedure with HRSDC. Lastly, businesses politely denounced the unpredictability (to use their terms) of the steps in the audit process conducted by the CHRC under the mandate entrusted to it by the *Employment Equity Act*. Along with this unpredictability comes frustration over the slowness of the audit process, the costs involved for the business and uncertainty about the transaction (over the identification of workforce recruitment areas, for example) concluded in some cases between the business and the CHRC to issue the audit certificate. However, no stakeholder in this process questioned the relevance of the Act or even the Canadian employment equity model. Obviously, this confirmation of the need for the *Employment Equity Act* is good news for women, but particularly women from visible minority groups or disabled women, who suffer from double discrimination (gender-disability/gender-race) in employment.

Due to commitments made by the Government of Canada regarding trade agreements, businesses (under foreign control, but also Canadian in some cases) can claim, new expectations in the course of their affairs. In particular, and in general, they are entitled to benefit from a trade environment that is non-discriminatory, transparent, predictable and free from obstacles and requirements that are foreign to trade. In this context, which risks for the *Employment Equity Act* were made in the recent diagnosis by the Standing Committee?

More particularly:

Legislative precision:

- Would the mandate entrusted to the CHRC for monitoring the implementation of the employment equity plan in making reasonable progress be more certain if this concept was defined in the *Employment Equity Act*?
- Would the CHRC's requirement of including special measures designed for members of designated groups and women in the employment equity plan be more certain if the concept of "special measures" was defined by the *Employment Equity Act* or Regulations?
- Moreover, must the 12 steps for auditing an employment equity plan be set out explicitly in the Act or Regulations?

Timelines:

Is the slowness of the employment equity plan audit process an obstacle to trade that the government must remedy to comply with the commitments set out by some trade agreements?

Reports:

Is the requirement of qualitative data in the annual report that businesses must submit to HRSDC an undue intrusion in the right of businesses to trade in Canada?

Remedies:

Ultimately, the CHRC can turn to the Employment Equity Tribunal to request an order for a business that is not complying with its obligation to establish an employment equity plan in accordance with the CHRC directives. Does the hypothesis that the CHRC could request such an order more quickly contravene the "rights of businesses" under the trade agreements that Canada has ratified?

In general:

Is the double obligation of businesses to report and have their employment equity plan audited viable when trade agreements are made? Is exceeding numeric objectives of representation of members from designated groups in business a valid government objective in this same context?

ANNEX V: SPECIFICATIONS RELATED TO GOVERNMENT PROCUREMENT IN CANADA

Agreement on Internal Trade (AIT)

Definition: The AIT is global in nature and aims to decrease trade barriers in Canada. It came into force on July 1, 1995, and was signed by the federal government and by all of the provinces and territories. Chapter 5 of the AIT focuses on government procurement contracts and aims to be a framework for granting equal access to contracts to all Canadian contractors.

Thresholds: The AIT is aimed at all contracts on goods that have a value greater than or equal to \$25,000 and contracts on services and construction work that have a value greater than or equal to \$100,000.

Exclusions: Health and social services, among other things, are excluded from the application of the AIT. Moreover, the AIT does not apply to contracts related to cultural businesses, to the aboriginal culture or national security.

Scope: The AIT applies to all federal departments and agencies, except the House of Commons, the Canadian Space Agency and the Senate.

Agreement on Government Procurement (AGP)

Definition: The WTO AGP is a multilateral agreement aimed at increasing international competition for government procurement contracts. The AGP enriches the GATT and its application is intended for construction services and work.

Thresholds: Goods: \$255,800 CAD; services: \$255,800 CAD; construction work: \$9,800,000 CAD.

Scope: All federal departments and agencies under the AGP.

Exceptions: the House of Commons, the Prime Minister's Office, the Canadian Space Agency, the National Film Board and the Canadian Security Intelligence Service. Moreover, the Canadian International Development Agency's grant programs for developing countries are not subject to the WTO-AGP. Crown corporations are not subject to this agreement.

Excluded goods and services: See NAFTA.

North American Free Trade Agreement (NAFTA)

Definition: Chapter 10 of this agreement deals with government procurement contracts. According to this chapter, Canada, the United States and Mexico agree to treat businesses from contracting states the same as their own businesses and not favour them in awarding government procurement contracts set out by NAFTA.

Thresholds: In the case of departments: Goods: \$38,000 (Canada/US), \$89,000 (Canada/Mexico), services: \$89,000 CAD, construction work: \$11,500,000 CAD. In the case of Crown corporations: Goods/services: \$445,000 CAD, construction work: \$14,200,000 CAD.¹⁸⁰

Scope: NAFTA is intended for the some 100 departments and agencies of the federal government. Moreover, 10 Crown corporations are subject to this agreement, including Via Rail Canada.

Agencies excluded: The House of Commons, the Prime Minister's Office, the Canadian Space Agency, the National Film Board, the Canadian Security Intelligence Service and the Canadian International Development Agency's grant programs for developing countries.

Services excluded: aside from some general exceptions, for example contracts dealing with national security, products made by disabled persons, philanthropic institutions or prison labour, as well as the measures necessary for protecting public morals, order and security, the five following groups of service contract are fully excluded from the application of NAFTA or the AGP or both: research and development; health and social services; financial and related services; public services; and communication, photography, cartography, printing and publishing services.¹⁸¹

ANNEX VI: GENDER-BASED ANALYSIS IN EIGHT STEPS (STATUS OF WOMEN CANADA)

Step 1: **Identifying, defining and refining the issue:** the guide encourages men and women to participate in identifying the issues of the policy analysed.

Step 2: **Defining desired/anticipated outcomes:** the fact that a policy will not necessarily have the same impact on men and women must be considered.

Step 3: **Defining the information and consultation inputs:** ensure that the data gathered is broken down by gender and that women's groups participate in this regard.

Step 4: **Conducting research:** consider the fact that certain methods of analysis do not take into account the specificity of women.

Step 5: **Developing and analysing options:** determine the negative or positive impact of the situation of women.

Step 6: **Making recommendations/Decision-seeking:** acknowledge the importance of gender equity and make recommendations that take this into account.

Step 7: **Communicating policy.**

Step 8: **Assessing the quality of analysis:** make recommendations so that the policy supports gender equity in a credible and concrete manner.

ANNEX VII: LEGISLATION, JURISPRUDENCE, DECISIONS AND AGREEMENTS

i. International Treaties

Canada-United States Free Trade Agreement, December 27, 1987 and January 2, 1988, [1989] Can. T.S. No. 3 (in force January 1, 1989).

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, 32 I.L.M. 289, (in force January 1, 1994).

Agreement on Internal Trade, May 3, 1997, G.O. Q. 1997 I. 413.

Agreement Establishing the World Trade Organization, April 15, 1994, 33 I.L.M. 1144 (in force January 1, 1995).

General Agreement on Tariffs and Trade (1947), October 30, 1947, 58 R.T.N.U. 187, [1947] Can. T.S. No. 27 (in force January 1, 1948).

General Agreement on Tariffs and Trade (1994), Annex 1A of the Agreement Establishing the World Trade Organization, April 15, 1994, 33 I.L.M. 1154 (in force January 1, 1995).

General Agreement on Trade in Services, Annex 1 B of the Agreement Establishing the World Trade Organization, April 15, 1994, 33 I.L.M. 1167 (in force January 1, 1995).

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the Agreement Establishing the World Trade Organization, April 15, 1994, 33 I.L.M. 1197 (in force January 1, 1995).

The WTO Agreement on Government Procurement, Annex 4 b) of the Agreement Establishing the World Trade Organization, April 15, 1994, (in force January 1, 1996).

North American Agreement on Environmental Cooperation and North American Agreement on Labour Cooperation, September 14, 1993, [1994] Can. T.S. No. 3 (in force January 1, 1994).

Softwood Lumber Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America, May 29, 1996, [1996] Can. T.S. No. 16 (in force May 29, 1996, amended April 1, 1996).

Government of the United States of America, *North American Free Trade Agreement, Implementation Act*, Statement of Administrative Action, HR, DOC No. 103-159, Vol. 1 (1993).

Vienna Convention of the Law of Treaties, May 23, 1969, 115 R.T.N.U. 331, 8 I.L.M. 679.

ii. *European Community Law*

European Communities, *Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the coordination of procedures for the award of public works*, [1971] J.O.L. No. 206, p. 0026.

European Communities, *Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts*, [1976] J.O.L. No. 284, p. 0011.

European Communities, *Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts*, [1992] J.O.L. No. 209, p. 0001-0024.

European Communities, *Directives 93/36/EEC and 93/37/EEC of 14 June 1993*, modified by the *Directive 97/52/EC of 13 October 1997*, J.O.L. No. 324, p.0001-0059.

iii. *National Legislation*

Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act (C.S. 1988, c. 65).

North American Free Trade Agreement Implementation Act (C.S. 1993, c. 44).

World Trade Organization Agreement Implementation Act (C.S. 1994, c. 47).

Agreement on Internal Trade Implementation Act (C.S. 1996, c. 17).

An Act Respecting Employment Equity (S.C. 1986, c. 31), R.S.C. c. E-5.4. Repealed and replaced by the *Employment Equity Act* (S.C. 1995, c. 44).

Financial Administration Act (R.S. 1985, c. F-11).

Defence Production Act (R.S. 1985, c. D-1).

Department of Public Works and Government Services Act, 1996, c. 16.

iv. *International Jurisprudence*

WTO

Appellate Body Report, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997, DSR 1997:II, 591.

Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act, Report of the Panel, adopted on 7 February 1984, (L/5504 – 30S/147).

Appellate Body Report: Canada – Certain Measures Concerning Periodicals, WT/DS31/AB/R (30 June 1997); and *Panel Report: Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/R (14 March 1997).

Appellate Body Report: Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopted 19 June 2000; and *Panel Report: Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, circulated 11 February 2000).

Panel Report on United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, adopted on 17 June 1987, BISD 34S/136, para. 5.2.2.

Panel Report on United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930, adopted on 7 November 1989, BISD 36S/345, para. 5.26.

Appellate Body Report, Japan – Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted on 1 November 1996.

Norway – Procurement of Toll Collection Equipment for the City of Trondheim, Report of the Panel adopted by the Committee on Government Procurement on 13 May 1992, (GRP DS2/R).

Income Tax Practices Maintained by Belgium, Report of the Panel presented to the Council of Representatives on 12 November 1976 (L/4424 – 23S/127).

Decisions of the Court of Justice of the European Communities.

Badeck et al. v. Hessischer Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Case C-158/97, [2000] E.C.R. I-01875.

Commission of the European Communities v. Italian Republic, Case C-360/89, [1992] E.C.R. I-3401.

Commission of the European Communities v. Kingdom of Denmark, Case C-243/89, [1993] E.C.R. I-03353.

Gebroeders Beentjes BV v. State of the Netherlands, Case 31/87, [1988] E.C.R. Page 04635.

Kalanke v. Freie und Hansestadt Bremen, Case C-450/93, [1995] E.C.R. I-3051.

Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, Case C-409/95, [1997] E.C.R. I-6363, [1998] I C.M.L.R. 547 (1997).

SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) a. O. v. Société coopérative "Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes," Joined Cases 27 to 29/86, [1987] E.C.R. 3347.

Sami Hainonen, Case 394/97, [1999] E.C.R. I-035999.

Tania Kreil v. Bundesrepublik Deutschland, Case C-285/98, [2000] E.C.R. I-00069.

Decisions of the European Court of Human Rights.

LOIZIDOU v. TURKEY, (15318/89) [1996] ECHR 70 (18 December 1996).

Soering v. the United Kingdom, (judgment of 7 July 1989, Series A No. 161).

i. Decisions of the Canadian International Trade Tribunal

Conair Aviation, Canadian International Trade Tribunal, August 8, 1996, File No.: PR-95-039.

Corel Corporation, Canadian International Trade Tribunal, May 8, 2002, File No.: PR-2001-060.

ECONAIRE (1984) INC. AND ENVIRONMENTAL GROWTH CHAMBERS, LTD.

Procurement Review Board, 28 January 1991, Board File Nos.: E90PRF6601-021-0020 and E90PRF6601-021-0021.

ENCONAIRE (1984) INC., Canadian International Trade Tribunal, 15 February 1991, Board File No.: E90PRF664Y-021-0019.

INFORMATION SYSTEMS MANAGEMENT CORPORATION, Canadian International Trade Tribunal, July 30, 1996, File No.: PR-95-040.

KEYSTONE SUPPLIES COMPANY, Canadian International Trade Tribunal, April 19, 1999, File Nos.: PR-98-034 and PR-98-035.

LOTUS DEVELOPMENT CANADA LIMITED, NOVELL CANADA, LTD. AND NETSCAPE COMMUNICATIONS CANADA INC. Canadian International Trade Tribunal, August 14, 1998, File Nos.: PR-98-005, PR-98-006 and PR-98-009.

MECHRON ENERGY LTD. Canadian International Trade Tribunal, August 18, 1995, File No.: PR-95-001.

NAFTA

Pope & Talbot v. the Government of Canada, Award on the Merits (2001), available on the Department of Foreign Affairs and International Trade site: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/pope_archive-en.asp, NAFTA.

S.D. Meyers v. the Government of Canada (partial award) (2000), available on the Department of Foreign Affairs and International Trade site: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myerscanadapartialaward_final_13-11-00.pdf, NAFTA Arbitrators: B. P. Schwartz, E. C. Chiasson, J. M. Hunter.

BIBLIOGRAPHY

- ABELLA, R. S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
- ABU-AKEEL, A. K. "Definition of Trade in Services under the GATS: Legal Implications," *G. Wash J. of Int'l L & Eco.*, No. 32 (1999), 189.
- ADAIR, D.R. "Investor's Rights: The Evolutionary Process of Investment Treaties" *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, No. 6 (1999), 195.
- ALLAERT, B., C. de la CRUZ and A. FALU *et al.* *International Trade and Gender Inequality, A Gender Analysis of the Trade Agreements Between the European Union and Latin America: Mexico and the Mercosur*. WIDE, Brussels, 2001.
- ALLAERT, B. *Gender Mapping the European Union Trade Policy*. Brussels, WIDE, 1997.
- APPEL MOLOT, Maureen. "NAFTA Chapter 11: An Evolving Regime" in NAFTA Chapter 11 Conference, Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, January 18, 2002, in collaboration with DFAIT. The texts are available at: <http://www.carleton.ca/ctpl/conferences.htm>, consulted on June 1, 2004.
- ARROWSMITH, S. and A. DAVIES (dir.). *Government Procurement and Judicial Review*. Toronto, Calgary, Vancouver: Carswell, 1988.
- . *Public Procurement: Global Revolution*. Boston, Kluwer Law International, 1998.
- . *Government procurement in the WTO*. The Hague, Kluwer Law International, 2003.
- ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC). *Home page*. 2004a, <http://www.apecsec.org.sg/>, consulted on June 1, 2004.
- . *APEC Electronic Individual Action Plan*, 2004b, <http://www.apec-iap.org/>, consulted on June 1, 2004.
- BAINES, B. "Occupational sex segregation and employment equity: lessons from Canada." *Can. Lab. & Emp.*, No. 8 (2000), L.J., 291.
- BAL, S. "International Free Trade Agreement and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT." *Minn. J. Global Trade*, No. 10 (2001), 62.
- BARTON, C. and E. NAZOMBEL. *Women's labour and economic globalisation: a participatory workshop created by Alternative Women in Development (Alt-WID)*, (March 2000) No. 8:1 *Gender and Development* 35-44.

- BASTASELÉ, D., P. FLAMME and P. QUERTAINMONT. *Initiations aux marchés publics* (2nd edition). Brussels: Bruylant, 2001.
- BEEN AND J.C. BEAUVAIS. "The Global Fifth Amendment: NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International 'Regulatory Takings' Doctrine," New York University Centre for Law and Business, Working Paper CLB-02-06. 2003. http://www.nyu.edu/pages/lawreview/78/1/Been_Beauvais.html, consulted on June 1, 2004.
- BELLEY, N. "Les marchés publics : étude des obligations internationales du Canada du GATT à l'ALÉNA." *C. de D.*, vol. 36, No. 2 (1995), 503.
- BERNSTEIN, S., K. LIPPEL and L. LAMARCHE. *Women and Homework: The Canadian Legislative Framework*. Status of Women Canada, March 2001, http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/0662291433/index_e.html, consulted on June 1, 2004.
- BHALA, R. "Clarifying the Trade-Labor Link." *Colm. J. Transnat'l L.*, No. 37 (1998-1999), 11.
- . "The Bananas War." *McGeorge L. R.*, No. 31 (2000), 839.
- BLACK, H. L. *How to sell to the government: the 30 billion dollar market: your complete guide to doing business with Canadian government departments, agencies and crown corporations, and cracking the provincial and U.S. government markets*. Toronto: Macmillan of Canada, 1989.
- BLACK, W. W. *Employment and Equality: A Systemic Approach*. Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa, 1985.
- BLACKLOCK, Cathy. *Women and Trade in Canada: An Overview of Key Issues*. Document prepared for Status of Women Canada, August 2000, http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/0662661966/index_e.html, consulted on June 1, 2004.
- BLANK, A. and G. MARCEAU. "A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO," in B.M. Hoekman and P.C. Mavroidis (ed.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.
- BRAMBILLA, P. *Gender and Monitoring: A Review of Practical Experiences*. Brighton, Institute of Development Studies, BRIDGE, Report 63, 2001.
- BRANCH, K. "Are Women Worth as Much as Men?: Employment Inequities, Gender Roles, and Public Policy." No. 1 (1994), *Duke J. Gender L. & Pol'y*, 119.

BROWN, A. and C. POUNCEY. "Expanding the International Market for Public Procurement: The WTO's Agreement on Government Procurement." *Int'l Trade L. & reg.*, Vol. 1, No. 3 (1995), 69.

CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. *Employment Equity Compliance Reviews: Process and Reference Manual*. March 2000a.

———. *Annual Report 1999*. Ottawa: Minister of Public Works, 2000b.

———. *Framework for Compliance Audits: Audit Process, Assessment Factors and Survey Questionnaire*. Employment Equity Branch, January 2000, 2000c, http://www.chrc-ccdp.ca/employment_equity/framework_compliance-en.asp, consulted on June 1, 2004.

———. *Annual Report 2000*. Ottawa: Minister of Public Works, 2001.

———. *Annual Report 2001: Employment Equity Report*. Ottawa: Minister of Public Works, 2002a.

———. *Performance Report 2001-2002*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2002b, http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/CHRC/chrc01-02dpr_e.asp, consulted on June 1, 2004.

CANADIAN INTERNATIONAL DEVELOPMENT AGENCY. *CIDA's Policy on Gender Equality*. March 1999, http://www.acdi-cida.gc.ca/cida_ind.nsf/vall/E5CA16A2B1F7749E852569500003DA50?OpenDocument, consulted on June 1, 2004.

CARASCO, E. "A Case of double jeopardy: race and gender." *Can. J. Women & L.*, No. 6 (1993), 142.

CARREAU, D. and P. JUILLARD. *Droit international économique*. 4th edition, Paris, LGDJ, 1998.

CARRIER, P. J. "An Overview and Proposal of the Amendment to the Agreement on Government Procurement." *NY. Int'l L. Rev.*, No. 10 (1997a), 59.

———. "Domestic Price Preference in Public Purchasing: An Overview and Proposal of the Amendment to the Agreement on Government Procurement." *NY. Int'l L. Rev.*, No. 10 (1997b), 59.

———. "Sovereignty under the Agreement on Government Procurement." *Minn J. Global Trade*, No. 6 (1997c), 67.

CASTEL, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*. Toronto: Butterworths, 1st ed. (1975) and 2nd ed. (1986).

- CASTILLO, M. and CHEMAIN, R. "La réserve d'ordre public en droit communautaire" in *L'ordre public*, 2001.
- CEPAL. *Compras governamentais: Políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*, (LC/BRS/R.130), September 2002.
- CHABURSKY, L. "The Employment Equity Act: An Examination of its Development and Direction." *Ottawa L. Rev.*, Vol. 24, No. 2 (1992), 305.
- CHARNOVITZ, S. "The Moral Exception in Trade Policy." *Va. J. Int'l L.*, No. 38 (1998), 689.
- CHEMILLER GENDREAU, M. and Y. MOULIER BOUTANG. *Le droit dans la mondialisation: une perspective critique*. Paris: Presses universitaires de France, 2001.
- CHEVRETTE, François. "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit," in *De la Charte québécoise des droits et libertés, origine, nature et défis*, Montreal: Thémis, 1989.
- CLARO DE LA MAZA, J. and R. CAMPLOR. *Government Procurement and Free Trade in the Americas*. Intal-ITD, occasional paper 3, January 1999.
- COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Gender Mainstreaming in Finance, A Reference Manual for Governments and other Stakeholders*. London, 1999a.
- . *Gender Mainstreaming in the Public Service, A Reference Manual for Governments and other Stakeholders*. London, 1999b.
- CONSULTING AND AUDIT CANADA. *Evaluation of the Employment Equity Program-Final Audit*. June 2002. Available from the CHRC.
- CONTRACTS CANADA, *New Buyers' Guide*, 2004, <http://contractscanada.gc.ca/en/toc-e.htm>, consulted on June 1, 2004.
- CORR, C. F. and K. ZISSIS. "The WTO Government procurement Agreement and U.S. Procurement Reform." *NY. L. School J. of Int'l & Com. L.*, No. 18 (1999), 303.
- COTTIER, T. and P. C. MAVROIDIS, (ed.). *Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law*. Vol. 2, Ann Arbor, Series World Trade Forum, University of Michigan Press, 2000.
- DALLY, J. "Has Mexico Crossed the Border on the State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA." *St Mary's L.J.*, No. 25 (1994), 1147.

- DE GRAFF, G. and M. KING. "Towards a More Global Government Procurement Market: The Expansion of The GATT Government Agreement in the Context of the Uruguay Round." *Int'l Lawyer*, No. 29 (1995), 435.
- DE WOLFF, A. "The face of globalization: Women working poor in Canada," *Canadian Woman Studies*, Vol. 20, No. 3 (2000), 54.
- DELMAS-MARTY, M. *La mondialisation du droit : chances et risques*. Paris: Dalloz, 1999.
- DHOOGE, L. J. "The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States." *Minn. J. Global Trade*, No. 10 (2001), 209.
- DOLLINGER, J. "Resolving Conflicts in Contracts and Torts." *Hague Academy of International Law*, Volume 283 (2000).
- DOMMEN, C. "Raising Human Rights Concerns in the World Trade Organization: Actors, Processes and Possible Strategies." *Human Rights Quarterly*, No. 24 (2002), 1.
- EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission, "Public Procurement in the European Union," adopted by the Commission on 11 March 1998. COM (1998) 143 final.
- . Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement, adopted by the Commission on 28 November 2001. COM(2001) 566 final.
- EUROPEAN COMMUNITY. Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, [1976] *J.O.L.* No. 039, p. 0040 - 0042.
- EVERS, B. *Engendering the Trade Policy Review Mechanism of the WTO*, in E. Haxton and C. Olsson (dir.), *Gender Focus on the WTO*, Uppsala, Global Publication Foundation, 1999.
- FADLALLAH, I. "L'ordre public dans les sentences arbitrales." (1994) *RCADI* V 377.
- FEDDERSEN, C. T. "Focusing on Substantive Law in International Economic Relations: The Public Morals of GATT's Article XX(a) and Conventional rules of Interpretation." *Minn. J. Global Trade*, Vol. 7, No. 45 (1998), 75.

- FEDERAL/PROVINCIAL/TERRITORIAL MINISTERS RESPONSIBLE FOR the STATUS OF WOMEN. *Women's Economic Independence and Security*. March 2001, http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/0662655427/index_e.html, consulted on June 1, 2004.
- FRANCESCAKIS, Ph. (dir.). *Répertoire de Droit International*. Volume II, Paris. Dalloz, 1969.
- GAFFNEY, J.P. "Due Process in the World Trade Organization: The Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System." *Am. U. Int'l L. Rev.*, No. 14 (1999), 1173.
- GANGULY, S. "The Investor-State Dispute Settlement Mechanism (ISDM) and a Sovereign Power to Protect Public Health." *Colum. J. Transnat'l L.*, No. 38 (1999), 113.
- GANTZ, D.A. "Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties." *AM. U. Int'l L. Rev.*, No. 14 (1999), 1025.
- GIBB, H. *Gender Mainstreaming - Good Practices from the Asia-Pacific Region*. Renouf Publishing, Canada, 2000, <http://www.nsi-ins.ca/ensi/research/research04.html>, consulted on June 1, 2004.
- GOLDMAN, B. "La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives." *C'Inet.*, No. 106 (1979), 483.
- GOLDSTEIN, G. *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire: Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*. Thesis presented at McGill University, Vol. I and II, Montreal, 1992.
- GOURLEY, Alan W.H., Jean HEILMAN GRIER and Frederick F. SHAHEEN. "International Procurement." *Int'l Lawyer*, No. 35 (2001), 395.
- HAMMJE, P. "Droits fondamentaux et ordre public." *R.C.D.I.P.* (1997), 1-31.
- HART, M. and P. SAUVE. "Does size matter? Canadian perspectives on the development of government procurement disciplines in North America," in B.M. Hoekman and P.C. Mavroidis (ed.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.
- HASSALANI, S. *International Trade: Putting Gender into the Process*. Status of Women Canada, December 2000.
- HAXTON, E. and C. OLSSON (dir.). *Gender Focus on the WTO*. Upssala, Global Publication Foundation, 1999.
- HEALTH CANADA. *Women's Health Strategy*, 2002, <http://www.hc-sc.gc.ca/english/women/womenstrat.htm#gender>, consulted on June 1, 2004.

HEARN, W. R. "Selling to Ottawa: Some Legal Aspects of Federal Procurement in Canada." *C.U.B.L.R.*, No. 4 (1999), 235.

HLUPELIKE LONGWE, S. *Gender Equality and Women's Empowerment*, presented during the Working Seminar on Methods for Measuring Women's Empowerment in Southern African Context, 17-18 October 2001, Namibia, <http://poverty.worldbank.org/library/view/14639>, consulted on June 1, 2004.

HOEKMAN, B. M. and P. C. MAVROIDIS (ed.). *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*. The University of Michigan Press, 1997.

HOEKMAN, B. M. and P. C. MAVROIDIS. "The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership?" *Pub. Procurement L. Rev.*, No. 4 (1995), 63.

HUGHES, L. "Buy North America: A Revision to FTA Buy America Requirements." *Transp. L. J.*, No. 23 (1995), 207.

HUMAN RESOURCES AND SKILLS DEVELOPMENT CANADA. *Work, Family and Community: Key Issues and Directions for Future Research*, 2004a, http://www.rhdcc.gc.ca/asp/gateway.asp?hr=en/lp/spila/wlb/wfc/02table_of_contents.shtml&hs=wnc, consulted on June 1, 2004.

———. *Annual Report, Employment Equity Act 2003*. Labour Program, Ottawa: HRSDC, 2004b.

———. *Federal Contractors Program (FPC) - Frequently Asked Questions - Table of Contents*, 2004d. <http://www.rhdcc.gc.ca/asp/gateway.asp?hr=en/lp/lo/lsw/we/programs/fcp/faq/index-we.shtml&hs=wzp>.

HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT CANADA. *The Employment Equity Act Review, Human Resources Development Canada, A Report to the Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities*. Hull: HRDC, 2001.

———. *Evaluation and Data Development, Final Report for the Evaluation of the Federal Contractors Program*. April 2002, on request.

INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS CANADA. *Comprehensive Claims Policy and Status of Claims*. INAC, 2002a, http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/brieff_e.pdf, consulted on June 1, 2004.

———. *Evaluation of the Procurement Strategy for Aboriginal Business*. Departmental Audit and Evaluation Branch, INAC, 2002b, http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/ae/ev/00-06_e.html, consulted on June 1, 2004.

———. *PSAB Performance Report 2000, 2002c*. http://www.ainc-inac.gc.ca/SAEA-psab/pub/pr/perf_rep_2000_e.html, consulted on June 1, 2004.

INDUSTRY CANADA. *Communication from Canada – Initial Conditional Offer on Services*, March 31, 2003, http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/TS/Canada_Initial_Offer_English_31_03_2003.pdf, consulted on June 1, 2004.

INSTITUTE FOR DEVELOPMENT POLICY AND MANAGEMENT. *Sustainability Impact Assessment of Proposed WTO Negotiations, Project Inception Report to the European Commission, Sector Study Market Access, environmental services and competition, mid-term report*. IDPM, University of Manchester, CREDIT, University of Nottingham, BMT Cordah Ltd, 2003a, <http://idpm.man.ac.uk/sia-trade>, consulted on June 1, 2004.

———. *Sustainability Impact Assessment of WTO Proposed Negotiations*. University of Manchester, 2003b, <http://idpm.man.ac.uk/sia-trade/Phase%203A/CompetitionFinal.pdf>, consulted on June 1, 2004.

INSTITUTE OF DEVELOPMENT STUDIES. *Bridge Quarterly Update, Issue 8, Trade Policy*, 1998, <http://www.ids.ac.uk/bridge/dgb8.html>, consulted on June 1, 2004.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS. *World trade and the protection of human rights: human rights in the face of global economic exchanges*. Brussels: Bruylant, 2001.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Time for equality at work. Global report under the follow-up on the ILO declaration on fundamental principles and rights at work*. International Labour Conference, 91st session, International Labour Office, Geneva, 2003, <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/french/standards/decl/publ/reports/download/report4/rapport.pdf>, consulted on June 1, 2004.

———. "ILO Declaration on fundamental principles and rights at work," June 1998, adopted at the 86th session, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>, consulted on June 1, 2004.

INTERNATIONAL TRADE CANADA. *Dispute Settlement – NAFTA Chapter 11 Investment – Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001)*, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>, consulted on June 1, 2004.

———. *It's Your Turn*, 2004, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/consult-en.asp#pre>, consulted on June 1, 2004.

JACKSON, J. H. "National Treatment Obligations and Non-Tariff Barriers." *Mich. J. of Int'l L.*, No. 10 (1989), 207.

- JARVIS, L. M. "Women's Rights and the Public Morals Exception of GATT Article XX." *U. Michigan J. of Int'l Law Law School*, No. 22 (2000), 219.
- JIMENEZ, M. R. "Considerations of NAFTA Chapter 11." *Chi. J. Int'l L.* (2001), 243.
- JOEKES, S. and A. WESTON. *Women and the New Trade Agenda*. New-York, UNIFEM, 1994.
- JOHNSON, K. D., S. LERO and J. A. ROONEY. *Work – Life Compendium 2001: 150 Canadian statistics on work, family & well-being*. University of Guelph, 2001.
- KABEER, N. *Reversed Realities: Gender Hierarchies in Development*. New York: Verso, 1994.
- KIRKPATRICK, C., N. LEE and O. MORRISSEY. *WTO New Round, Sustainability Impact Assessment Study, Phase One Report*. IDPM, University of Manchester, CREDIT, University of Nottingham, 1999, <http://idpm.man.ac.uk/sia-trade/Phase1/frontpage1.htm>, consulted on June 1, 2004.
- KLEVEN, T. "Why International law favors emigration over immigration." *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, No. 33 (Spring 2002), 69.
- KRAJEWSKI, M. "Public Services and the Scope of the GATS." Research Paper, Center for International Environmental Law (CIEL), May 2001.
- LAING, E. A. "Equal Access /Non-Discrimination and Legitimate Discrimination in International Economic Law." *Wisconsin Int'l L. J.*, No. 14 (1996), 246.
- LALIVE, P. "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international." *Revue de l'arbitrage* (1986), p. 327-373.
- LAMARCHE, L. *Les programmes d'accès à l'égalité en emploi*. Montreal: Louise Courteau éditrice, 1990.
- LAMARCHE, L. and F. TOUGAS. *The Canadian Employment Equity Act and the Transformation of Social Relationships: A Focus on Members of Visible Minorities*. Law Commission of Canada, June 2001.
- LAMARCHE, L. and R. BACHAND. *La protection et la promotion des droits des travailleuses québécoises à l'heure de la prolifération des accords de commerce : le besoin de clarifier les causes de menaces potentielles afin d'orienter l'action – Recherche*. Conseil du statut de la femme du Québec, October 2003, <http://www.csf.gouv.qc.ca/fr/publications/?F=affichage&ma=20&choix=1&s=31>, consulted on June 1, 2004.

- LANG, J. M. "The First Five Years of the WTO: General Agreement on Trade in Services." *L. & Pol'y in Int'l Bus.*, No. 31 (2000), 801.
- LAVIEC, J. P. *Protection et promotion des investissements : études de droit international économique*. Geneva: PUF, 1985.
- LEMIEUX, D. and A. STUHEC. *Review of Administrative Action Under NAFTA*. Scarborough: Carswell, 1999.
- LEVESQUE, C. W. "Chapter 13 of the United States-Canada Free Trade Agreement: Has it Created an Open and Effective Government Procurement Dispute Resolution System?" *J. Int'l L. Bus.*, No. 12 (1991), 187.
- LINARELLI, J. "The Role of Dispute Settlement in World Trade Law: Some Lessons from the Kodak-Fuji Dispute." *L. & Pol'y in Int'l Bus.*, (2000), 263.
- LOW, P., A. MATTOU and A. SUBRAMANIAN. "Government Procurement in Services." *World Competition*, No. 20 (1996), 5.
- MACPHAILI, F. "A feminist economics perspective on recent trends in inequality in Canada." *Atlantis*, Vol. 23, No. 2 (1999), 90.
- MANN, H. and K. von MOLTKE. *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*. IISD, 1999, <http://www.iisd.org/pdf/nafta.pdf>, consulted on June 1, 2004.
- MANN, H. and J. A. SOLOWAY. *Untangling the Expropriation and Regulation Relationship: Is there a way forward?* Report to the Ad Hoc Expert Group on Investment Rules and the Department of Foreign Affairs and International Trade, March 2002, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/regulation-fr.asp>, consulted on June 1, 2004.
- MARCEAU, Gabrielle. "WTO Dispute Settlement and Human Rights." *European Journal of International Law*, No. 13 (2002), 703.
- MATTOU, A. *The Government Procurement Agreement: Implications of Economic Theory*. 1996, World Trade Organisation, Staff Working Paper TISD-96-03.
- MCCRUDDEN, C. "Social Policy Issues in Public Procurement: A Legal Overview," in S. Arrowsmith and A. Davies, (ed.) *Public Procurement: Global Revolution*, Kluwer, 1998, 219.
- . "International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of the Legality of 'selective purchasing,' Laws under the WTO Government Procurement Agreement." *Journal of International Economic Law* (1999), 3.

- MEYERS TIETJENS, D. (ed.). *Feminist social thought: a reader*. New York: Routledge, 1997.
- MINGUY, C. and M. ROCHETTE, *Même poids, même mesure : avis sur l'équité en emploi*. Quebec City: Conseil du statut de la femme du Québec, 1993.
- MONTANA I MORA, M. "A GATT with Teeth: Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes." *Colum. J. of Transnat'l L.*, No. 31 (1993), 103.
- MORAND, C. A. (ed.). *Le droit saisi par la mondialisation*, Brussels: Bruylant - Éditions de l'Université de Bruxelles- Helbing and Lichtenhahn, 2001.
- MOSER, C. *Gender Planning and Development: Theory, Practice and Training*. London: Routledge, 1993.
- MUGGA, A. *International Trade Policy Research Survey*, Reference document No. 10. Trade and Economic Analysis Division, DFAIT, 2002, http://www.dfait-maeci.gc.ca/eet/survey/survey_report2002-en.asp, consulted on June 1, 2004.
- MUGGENBERG, C. "The Government Procurement Chapter of NAFTA." *U.S. Mexico L.J.*, No. 1 (1993), 295.
- MUTARI, E. *et al. Gender and political economy: incorporating diversity into theory and policy*. M.E. Sharpe, 1997.
- NEW ZEALAND. "Response to the Questions to the Information Exchange Required." Working Party on GATS Rules, 2 July 1997, S/WPGR/W/16/add. 2.
- NORTH-SOUTH INSTITUTE. *Gender and Trade*. December 2001, http://www.nsi-ins.ca/download/consultation_rapport.pdf, consulted on June 1, 2004.
- OPPETIT, B. "Droit du commerce international et valeurs non marchandes," in Christian Dominice (ed.), *Études du droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, 309-319.
- OVERHOLT, C. *et al. Gender Roles in Development Projects. A Case Book*. West Hartford, Kumarian Press, 1984.
- PALMETER, D. and P. C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Kluwer Law International, The Hague, London and Boston, 1999.
- PARLIAMENT OF CANADA. Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade, *Canada and the Future of the World Trade Organization: Advancing a Millennium Agenda in the Public Interest*. Report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade, report 9, June 10, 1999, 36th legislature, 1st session,

1999a, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/FAIT/Studies/Reports/fairtp09-e.htm>, consulted on June 1, 2004.

———. *The Free Trade Area of the Americas: Towards a Hemispheric Agreement in the Canadian Interest*. First Report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade. First Report of the Sub-Committee on International Trade, Trade Disputes and Investment. October 1999, 36th legislature, 2nd session, 1999b, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/2/FAIT/Studies/Reports/fairtp01-e.htm>, consulted on June 1, 2004.

———. *Building an Effective New Round of WTO Negotiations: Key Issues for Canada*. March 2002, 37th legislature, 1st session, 2002, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/FAIT/Studies/Reports/fairtp19-e.htm>, consulted on June 1, 2004.

PETERSMANN, E.-U. (ed.) *International Trade Law and Dispute Settlement System*. London, The Hague, Boston: Kluwer Law International, 1997.

PETERSMANN, E.-U. "Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law." *Ger. Yearbook of Int'l L.*, No. 34 (1991), 175.

POLIN, R. (ed.) *L'ordre public*. Paris: PUF, 1996.

PRIESS, H.-J. "Public Procurement Law in the European Union: The New GATT Agreement on Government Procurement." *Int'l. Trade L. & Reg.*, Vol. 2, No. 2 (1996), 49.

PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES CANADA (PWGSC). *Supply Operations for the Canadian Government*. 2004a, <http://www.tpsgc.gc.ca/sos/corporate/index-e.html>, consulted on June 1, 2004.

———. *Supply Manual*, 2004b, <http://www.tpsgc.gc.ca/sos/corporate/sm/index-e.html>, consulted on June 1, 2004.

———. *The PWGSC Customer Manual*, 2004c, <http://www.pwgsc.gc.ca/sos/corporate/cm/index-e.html>, consulted on June 1, 2004.

———. *Standard Acquisition Clauses and Conditions*, 2004d, <http://sacc.pwgsc.gc.ca/sacc/index-e.jsp>, consulted on June 1, 2004.

RACINE, J.-B. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Bibliothèque de droit privé, Tome 309, L.G.D.J., Paris, 1999.

RAMKHALAWANSINGH, C. "Employment standards legislation: a primary source of women's employment inequality." *Can. Lab. L.J.*, No. 2 (Summer 1993), 80-89.

REDOR, M.-J. (ed.) *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Collection Droit et Justice, No. 29, Brussels: Bruylant, 2001.

- REED, C. A. "Contradictions and assumptions: A report on employment equity in Canada." *Resources for Feminist Research*, Nos. 3-4 (1995-1996), 24.
- REICH, A. "Government Procurement and Bid Challenging in Canada after the Free Trade Agreement." *Can. Bus. L.J.*, No. 18 (1991), 195.
- . *Toward Free Trade in the Public Sector: A Comparative Study of International Agreements on Government Procurement*. Toronto, doctoral thesis in jurisprudence, University of Toronto, 1994.
- . *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998.
- RESNIK, J. "Categorical Federalism: Jurisdiction, Gender and the Globe." *Yale Law Journal*, No. 111 (2000), 619.
- ROESSLER, F. "Domestic Policy Objectives and the Multilateral Trade Order: Lessons from the Past." *U. Pa. Journal of Int'l Economic Law*, No. 19 (1998), 513.
- . Individual Employer Data, 2004, 2004c, <http://www19.hrdc-drhc.gc.ca/~eeisadmin/cgi-bin/INTRO.cgi>, consulted on June 1, 2004.
- ROMAIN, J.-F. "L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme" in *L'ordre public : concept et applications*, Bruylant, Brussels, 1995, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, v.3, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique.
- RUSSELL, M. "Backlash, the Political Economy, and Structural Exclusion." *Berkeley J. Employment & Lab. L.*, No. 21 (2000), 335.
- SCHOONER, S.L. and C.R. YUKINS. "Model Behavior? Anecdotal Evidence of Tension between Evolving Commercial Public Procurement Practices and Trade Policy." George Washington University Law School, Public Law Legal Theory Working Paper No. 048, *Int'l Trade Law and Regulation*, Vol. 9 (2003), http://www.ssrn.com/abstract_id=346000, consulted on June 1, 2004.
- SCHWARTZ, J. A. "Learning from the United States Procurement Law Experience: On Law transfer and its Limitations." *Public Procurement Law Review*, No. 11 (2002), 115.
- SEN, G. A. *Quick Guide to Gender Mainstreaming in Finance*, Commonwealth Secretariat, London, 1999.
- SHELL, G. R. "Trade legalism and International Relations Theory: an analysis of the World Trade Organization." *Duke L.J.*, No. 44 (March 1995), 829.

- SHUMAN, M. H. "GATTzilla v. Communities." *Cornell Int'l L. J.*, Vol. 27, No. 3 (1994), 527.
- SILVEIRA, M. C. "Rules of Origin in International Trade Treaties: Towards the FTAA." *Ar. J. of Int'l & Comp. L.*, No. 14 (1997), 411.
- SINCLAIR, S. "The GATS : How the World Trade Organization's New 'Services' Negotiations Threaten Democracy." Ottawa: Canadian Policy Research Network, 2000.
- STANDING COMMITTEE ON HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT AND the STATUS OF PERSONS WITH DISABILITIES (SCHRDPD). *Promoting Equality in the Federal Jurisdiction: A Review of the Employment Equity Act: Committee Report*. Ottawa, Public Works Canada, 2002, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Studies/Reports/HUMARP9-e.htm>, consulted on June 1, 2004.
- . Evidence, December 11, 2001, 1140, <http://www.parl.gc.ca/InfoCom/PubDocument.asp?DocumentID=652645&Language=F>, consulted on June 1, 2004.
- . Evidence, February 7, 2002, 2002b, 1150, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Meetings/Evidence/humaev48-E.HTM#Int-126132>, consulted on June 1, 2004.
- . Evidence, February 26, 2002, 2002c, 1155, <http://www.parl.gc.ca/infocomdoc/37/1/HUMA/Meetings/Evidence/humaev51-e.htm#T1150>, consulted on June 1, 2004.
- STATUS OF WOMEN CANADA. *Gender-based Analysis: A Guide for Policy-Making*. Ottawa, 1998, http://www.cfc-swc.gc.ca/pubs/gbguide/index_e.html, consulted on June 1, 2004.
- STEWART, T. P. (ed.). *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History*, (4 vol.), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, The Hague, London, 1991-1999.
- SUDRE, Frédéric. "L'ordre public européen," in *L'ordre public : concept et applications*, Bruylant, Brussels, 1995, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, v. 3, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique.
- SUSTAINABILITY IMPACT ASSESSMENT (SIA). *Home page*, 2004, <http://www.sia-trade.org/index.shtml>, consulted on June 1, 2004.
- SZURGOT, C. F. "The Buy American Act: Reverse Discrimination Against Domestic Manufacturers; Implications of the Trade Agreements Act of 1979 on the Rule of Origin Test." *Adm. L. J. of the Am. U.*, No. 7 (Fall 1993, Winter 1994), 737.
- TAMRA, A. A. *The Canadian International Trade Tribunal: Canada's Emerging Trade Jurisprudence*, Master of Laws thesis, McGill University, Montreal, 1996.

- TEAM CANADA INC. *Home page*, 2004, <http://exportsource.gc.ca>, consulted on June 1, 2004.
- TETLEY, W. "Évasion/Fraude à la loi and avoidance of the law." *McGill L.J.*, No. 39 (1994), 303.
- TEUBNER, G. (ed.). *Global law without a state*, Aldershot, Dartmouth, 1997.
- THOMAS, J.S. and M.A. MEYER. *The New Rules of Global Trade: A Guide to the World Trade Organization*, Scarborough: Carswell, 1997.
- TIEFER, C. "The GATT Agreement on Government Procurement in Theory and Practice." *U. Balt. L. Rev.*, No. 26 (1997), 31.
- TOBLER, C. "Encore: 'Women's clauses' in public procurement under community law." *E. L. Rev.*, No. 25(6) (2000), 618-631.
- TORNQVIST, A., B. Van BRONKHORST and C. MOSER. *Mainstreaming Gender and Development in the World Bank: Progress and Recommendations*. Washington: World Bank, 1999.
- . *Integrating Gender into the World Bank Work: A Strategy for Action*. Washington: World Bank, 2002.
- TREASURY BOARD SECRETARIAT (TBS). *Procurement Review Policy*, 1994, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/TBM_122/pr_e.asp, consulted on June 1, 2004.
- . *Stretching the Tax Dollar Series – The Federal Government as 'Partner': Six Steps to Successful Collaboration*, 1995, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/oepubs/TB_O3/FGPE_e.asp, consulted on June 1, 2004.
- . *Contracting Policy*, 2003, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/siglist_e.asp, consulted on June 1, 2004.
- . *Contracting Policy Notice 1997-6*, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/siglist_e.asp, consulted on June 1, 2004.
- UNITED NATIONS. *Asian and Pacific Developing Economies and the First WTO Ministerial Conference*. Issues of Concern, New York, United Nations, 1996.
- UNITED NATIONS (UNCCD). *Convention to Combat Desertification – Institution Details: Association of Women in Development Experts (AWIDE)*, 2004. <http://www.unccd.int/ngo/accreditationDB/institutionDetails.php?id=223>, consulted on June 1, 2004.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD).

Trade, sustainable development and gender. Papers prepared in support of themes discussed at the Pre-UNCTAD X Expert Workshop on Trade, development and gender, July 1999, doc. NU No. UNCTAD/EDM/Misc.78.

UNITED STATES. *North American Free Trade Agreement, Implementation Act*. Statement of Administrative Action, HR, document No. 103-159, Vol. 1 (1993).

URETA, M. "Women, work and family: recent economic trends." *Northern Illinois University Law Rev.*, No. 19 (1998), 57.

VANDUZER, J.A. "NAFTA Chapter 11 to Date: the Progress of a Work in Progress." IISD, NAFTA Chapter 11 Conference, organised by the Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 18 January 2002, in collaboration with DFAIT, <http://www.carleton.ca/ctpl/conferences.htm>, consulted on June 1, 2004.

WEBB, K. "Thumbs, Fingers, and Pushing on String: Legal Accountability in the Use of Federal Financial Incentives." *Alta. L. Rev.*, Vol. 31, No. 3 (1993), 501.

WEDO. *Gender Analysis of the WSSD Plan of Implementation World Summit on Sustainable Development 2002*, http://www.wedo.org/sus_dev/analysis2.htm, consulted on June 1, 2004.

WOMEN IN DEVELOPMENT (WIDE). *Globalising gender equality and social justice*, 2004, <http://www.eurosur.org/wide/home.htm>, consulted on June 1, 2004.

WORLD BANK. Social Protection, Zafiris Tzannatos, *Women and Labor Market Changes in the Global Economy: Growth Helps, Inequalities Hurt and Public Policy Matters*. SP Discussion Paper No. 9808, April 1998.

WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION. A FAIR GLOBALIZATION : CREATING OPPORTUNITIES FOR ALL. Geneva: ILO, 2004.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Synthesis of the Information Available on Transparency-Related Provisions in Existing International Instruments on Government Procurement Procedures and on National Practices*. Note by the WTO Secretariat, WT/WGTGP/W/6, October 1996.

———. *Guide to reading the GATS schedules of specific commitments and the list of article II (MFN) exemptions*, 2004a, http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/guide1_e.htm, consulted on June 1, 2004.

———. *Schedules of commitments and lists of Article II exemptions*, 2004b, http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_commitments_e.htm, consulted on June 1, 2004.

- . Working Group on Transparency in Government Procurement. *Work of the Working Group on the Matters Related to Item VI-XII of the List of the Issues Raised and Points Made*, WT/WGTGP/W/33, October 2002.
- . Working Party on Domestic Regulation, “‘Necessity tests’ in WTO, Notes by the Secretariat WTO.” S/WPDR/W/27, 2 Dec. 2003. <http://www.ictsd.org/issarea/stsd/resources/Docs/Nectest.PDF>, consulted on June 1, 2004.

NOTES

¹ Note that the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), as it existed when this report was prepared, has since split into two separate departments, namely Foreign Affairs Canada (FAC) and International Trade Canada (ITCan).

² WTO Agreement on Government Procurement, Appendix I, Annex 6, Canada.

³ *An Act Respecting Employment Equity*, (S.C. 1986, c. 31), R.S.C. c. E-5.4. Repealed and replaced by the *Employment Equity Act*, (S.C. 1995, c. 44).

⁴ Section 4. According to the *2001 Report on Employment Equity*, submitted by the Canadian Human Rights Commission in compliance with the *Employment Equity Act*, 397 private sector businesses were under audit on December 31, 2000. See CHRC (2002a), table 3, Total number of employers and employees by sector subject to the *Employment Equity Act* and under audit. On-line at: http://www.chrc-ccdp.ca/publications/employment_equity-en.asp?lang_update=1, consulted on June 1, 2004.

⁵ Although the Commission chaired by Justice Abella was called the Commission of Inquiry on Equality of Employment, documentation acknowledged that introducing the concept of *employment equity* fulfilled a specific contextual strategy: fight resistance to the implementation of a proactive model, which stemmed from the American experience with *Affirmative Action*. See Chabursky (1992) and Black (1985).

⁶ *Action Travail des femmes v. Canadian National Railway Company* [1987] 1 S.C.R. 1114.

⁷ Section 18(1), *Employment Equity Act*.

⁸ See section 22 and on of the EEA.

⁹ See Employment Equity Computerized Reporting System (EECRS), on-line at <http://www19.hrdc-drhc.gc.ca/~eeisadmin/cgi-bin/INTRO.cgi>, consulted on June 1, 2004.

¹⁰ See on-line:

http://www.hrsdc.gc.ca/asp/gateway.asp?hr=en/lp/lo/lsw/we/ee_tools/reports/annual/methodology.shtml&hs=wzp, consulted on June 1, 2004.

¹¹ Section 36 of the *Employment Equity Act*.

¹² Pursuant to section 44 of the *Employment Equity Act*.

¹³ "As shown in Table 1, the Commission has begun initial audits of 215 employers, out of the 476 employers subject to the Act, since the program started in 1998. However, in most cases, at least one follow-up audit was required before these employers could be declared in compliance with the Act. As a result, the Commission has started a total of 354 audits. The Commission originally estimated that, at the end of the audit program's fourth year, it

would have conducted about 320 audits." (CHRC, 2002a). Only 8 businesses have been deemed compliant with the Act since the initial audit. However, these businesses had submitted a number of annual reports to HRSDC.

¹⁴ Id., about twenty employers had received an order to comply by December 31, 2000.

¹⁵ Section 25 of the Act

¹⁶ Communications 2001, 2002 and 2003. This information was provided by Benoît Fortin, Senior Officer, and Rhys Phillips, Director, Policy and Legislation of the CHRC Employment Equity Branch. We would like to thank them for their kind collaboration.

¹⁷ The Canadian Human Rights Commission gave us access to an external audit report in May 2003. This report, titled *Evaluation of the Employment Equity Program - Final Audit*, was completed by Consulting and Audit Canada. It is dated June 2002. It shows the important problem of coherence that simultaneous interaction of the CHRC and HRSDC with businesses causes and the ensuing frustration for businesses, which show an obvious bias for HRSDC work processes. On May 28, 2003, Benoît Fortin of the CHRC informed us of the work under way between the CHRC and HRSDC, the purpose of which was to develop protocols designed to fix this situation.

¹⁸ Businesses also report on their qualitative employment equity practices. However, this brief addition to the report is not very detailed in most cases. For 2002, HRSDC conducted such a survey (but not its analysis). See HRSDC (2004c).

¹⁹ On March 31, 2002, the Act applied to 397 private sector employers under federal regulation. CHRC, 2002a, on-line at: http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/CHRC/chrc01-02dpr01_e.asp, consulted on June 1, 2004.

²⁰ *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1.

²¹ Subject to section 20(1(b)) of the *Access to Information Act* "[...] the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains [...] financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party." In 1993, the Treasury Board Secretariat (TB) published a series of directives regarding how to interpret the *Access to Information Act*. Some of them concern section 20 in particular (*Chapter 2-8 - Specific Exemptions*). The information protected by section 20(1(b)) "must be financial, commercial, scientific or technical **and** confidential." The concept of information was interpreted generously by the TB, which extended it to all information "which is of value to the possessor of the information and which has been entrusted to another person in circumstances which create an obligation on that person to maintain the information in confidence." (p. 19). The information need not be capable of industrial or commercial application or use. The only requirement is that it not be in the public domain and is not available for the asking. Lastly, the information must have been supplied by a third party and not the government. The

institution or third party claiming the exemption must demonstrate "that the information is confidential in nature and that the third party has consistently treated this information as confidential" (p. 20).

²² See annex III for details about the information to which we were denied access with regard to the HSBC Bank of Canada audit report.

²³ See note 17. *Evaluation of the Employment Equity Program - Final Audit*. Response rate obtained: 30% of businesses interviewed. The authors of this report feel that this is a significant percentage.

²⁴ Many are employers who admitted that they had difficulty in accepting the role of the CHRC and the length of the audit process. Some believed that the CHRC officers did not know what they wanted and changed the criteria in the middle of the process. Others questioned the effectiveness of the audits with regard to employment equity. The lack of uniformity in the CHRC's application of the Act was also considered a problem. Some implied that the CHRC and HRSDC should realize that employment equity is not an exact science (HRDC, 2001, point 7.14).

²⁵ "Other than some major employers, many employers continue to wait for the Commission to commence an audit before responding substantively to the *Act's* requirements," (CHRC, 2002b, point 3.222 "Initial and Follow-up Auditing of Employers," on-line at: http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/CHRC/chrc01-02dpr_e.asp, consulted on June 1, 2004.

²⁶ The CHRC, Report and recommendations presented to the Committee, April 2002, refers to the consultation conducted by the CHRC in 2002 [cited Recommendations 2002]. On-line at: <http://www.chrc-ccdp.ca/publications/discussion-en.asp>, consulted on June 1, 2004. See also HRDC (2001), point 7.1.

²⁷ See SCHRDSPD (2002) on-line at: <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Studies/Reports/HUMARP9-e.htm>, consulted on June 1, 2004.

²⁸ *Id.*, recommendations 3 and 29.

²⁹ *Id.*, recommendation 23.

³⁰ *Id.*, recommendation 3.

³¹ "The Commission continues to support the need to clearly articulate the requirement for special measures as part of the employment equity plan. The requirement should include the standard that the employment equity plan must have sufficient positive policies and special measures to ensure a reasonable expectation that short-term hiring and promotion goals will be achieved.

[—]

The Commission also continues to support an amendment to the Regulations to specify that a required part of positive policies and practices will be employment equity and harassment policies (or employer guidelines) that must be communicated to managers and employees." See Report of the CHRC, note 25.

³² Among other things, this concern refers to the issue of employment equity implementation costs: *I was making the point, though, that if compliance for each employer, say, required two full-time equivalents—and I'm talking about reporting compliance only—then we're talking about a fair amount of money. [...]* The way I see it is that we're looking at about \$8 annually per taxpayer for report writing. See hearings from February 7, 2002 (SCHRDSPD, 2002b), evidence from F. Poschmann, CD Howe Institute, in his own name. <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Meetings/Evidence/HUMAEV48-E.HTM#Int-126132>, consulted on June 1, 2004.

³³ For general information, consult (HRSDC 2004d).

³⁴ Extremely rare since the program began.

³⁵ See Note 33.

³⁶ *Compliance reviews are sporadic and unplanned. From the perspective of the University of Saskatchewan and other employers they consulted, the process and expectations are not defined and therefore are confusing. There is a lack of direction in what the review is intended to accomplish and virtually no follow-up on completion of the review. There is no ongoing communication with representatives of the Federal Contractors Program* (Kathy Gray, Director of Employee Services, University of Saskatchewan.) See SCHRDSPD (2002c).

³⁷ 1. Communication of employment equity to employees; 2. Assignment of senior official to employment equity; 3. Collection of workforce information; 4. Workforce analysis; 5. Employment systems review; 6. Establishment of goals; 7. Development of an employment equity plan; 8. Adoption of positive policies and reasonable accommodation; 9. Establishment of a positive work environment; 10. Adoption of monitoring processes; 11. Authorization to enter premises. For more information, consult: <http://www.rhdcc.gc.ca/asp/gateway.asp?hr=en/lp/lo/lsw/we/programs/fcp/criteria/index-we.shtml&hs=wzp>, consulted on June 1, 2004.

³⁸ Approximately 57 audits per year, with an unbiased meaning of the term "audit" (HRDC, 2000).

³⁹ *Employment Equity Act*, section 4. (1) "This Act applies to: a) private sector employers." See also section 42 (2): "The Minister is responsible for the administration of the Federal Contractors Program for Employment Equity and shall, in discharging that responsibility, ensure that the requirements of that Program with respect to the implementation of employment equity by contractors to whom the Program applies are equivalent to the requirements with respect to the implementation of employment equity by an employer under this Act."

⁴⁰ See *Review of the Employment Equity Act*, the response from the Government of Canada at the 9th Report of the Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities: *Promoting Equality in the Federal Jurisdiction: Review of the Employment Equity Act*, November 2002, <http://www.parl.gc.ca/committee/CommitteePublication.aspx?SourceId=37258>, consulted on June 1, 2004.

⁴¹ "The Supply Operations Service Branch provides common services for acquiring goods and services on behalf of the departments and agencies of the Government of Canada. It manages the supply process by assisting client departments with requirements definition, undertaking bid solicitation, evaluation and selection, and contract negotiation and administration." See PWGSC (2004a) Four acts and policies support this process: *Financial Administration Act* (R.S. 1985, c. F-11), *Department of Public Works and Government Services Act* (1996, c. 16); *Defence Production Act* (R.S. 1985, c. D-1); and *Comprehensive Claims Policy and Status of Claims*, March 2002, Indian and Northern Affairs Canada, http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/brief_e.pdf, consulted on June 1, 2004.

⁴² For TB policies, see TB 2003.

⁴³ PWGSC supply activities will advance established government national socio-economic policies, *within the limits imposed by international trade obligations*. See PWGSC (2004b).

⁴⁴ PWGSC procurement occurs under competitive conditions, except in particular cases. *Id.*, chapter 5.

⁴⁵ See Contracts Canada (2004) and PWGSC (2004c).

⁴⁶ See Standard Acquisition Clauses and Conditions (PWGSC, 2004d).

⁴⁷ See *Infra*, "Procurement Strategy for Aboriginal Business."

⁴⁸ See TB (1995). Also, an interview with Daniel Pilon, Senior Contracts Administration Officer, Canadian Nuclear Safety Commission, Administration Section, September 5, 2002.

⁴⁹ An Advance Contract Award Notice (ACAN) allows departments and agencies to post a notice, for no less than fifteen calendar days, indicating to the supplier community that it intends to award a good, service or construction contract to a pre-identified contractor. If no other supplier submits, on or before the closing date, a statement of capabilities that meets the requirements set out in the ACAN, the competitive requirements of the government's contracting policy have been met. A pre-identified supplier is a supplier registered on the supplier list and can meet the specific technical requirements of the contract.

⁵⁰ *Supply Manual*, cited, note 41, para. 4.003.

⁵¹ *Contracting Policy Notice 1997-6* (Treasury Board Secretariat). See also *Contracting Policy Notice 1997-6*, Procurement Strategy for Aboriginal Business: Guidelines for Buyers/Government Officials, August 1997, points 2.6 and 2.7.

⁵² Communication with Robert Cadieux, Procurement/Senior Contracting Officer, Canadian Heritage, Material Management and Contracting Services, October 28, 2002

⁵³ PSAB Performance Report 2000, (INAC, 2002c)

⁵⁴ See TB (1994), and telephone interview with the Treasury Board Secretariat Procurement and Project Management Policy Directorate, November 7, 2002.

⁵⁵ See INAC (2002b)

⁵⁶ *Agreement on Government Procurement*, annex 4 b) *Final Act* of the Uruguay Round, April 15, 1994 (effective January 1, 1996).

⁵⁷ 37 countries are currently Parties to the AGP: Canada, European Communities, South Korea, United States, Hong Kong, China, Ireland, Israel, Japan, Liechtenstein, Norway, Netherlands with respect to Aruba, Singapore and Switzerland. List available on-line: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm, consulted on June 1, 2004

⁵⁸ See annexes I, II and III that, when completed by the states adhering to the AGP are part of it. These annexes provide for each state the listing of central government entities and other sub-central entities that will be linked by the Agreement. In Canada, the AGP only links central government entities at present.

⁵⁹ *Agreement on Government Procurement*, April 12, 1979, 1981 Can. T.S. 39 (came into effect on January 1, 1981) [hereinafter referred to as the Tokyo Code].

⁶⁰ The Tokyo Code has mainly a symbolic influence, concerning at most 10% of government procurement, according to Stewart's estimation. In Canada, the value of government contracts concerned was \$648 million in 1988, or 8.6% of the total value of government contracts and less than 1% of the total goods and services procured by the various government levels for that year (Reich, 1991).

⁶¹ Stuhlec and Lemieux indicated that less than 5% of complaints were from foreign contractors (Lemieux *et al.*, 1999).

⁶² For a full comparison of the two agreements, see Blank *et al.* (1997).

⁶³ See tables 2 and 3 of annex V. They show, in a comparative but not exhaustive manner, the various financial thresholds established based on government procurement contracts subject to different trade agreements.

⁶⁴ See the AGP, art. XXIII (1) and (2) and NAFTA, art. 1018 (1) and (2).

⁶⁵ For a detailed analysis, see Corr *et al.* (1999).

⁶⁶ Meeting with the Department of Foreign Affairs and International Trade, April 9, 2003.

⁶⁷ Concerning the *Small Business Act*, see ECLAC in particular (2002)

⁶⁸ For example, Canada has not yet presented lists of provincial or municipal entities that would be linked by the AGP or NAFTA rules and will not do so until the United States is more open about their own contracts. Meeting, note 66

⁶⁹ As well as article 1009 (2)(b) of NAFTA.

⁷⁰ And article 1015(4)(c) of NAFTA.

⁷¹ Agreement on Internal Trade, May 3, 1997, G O Q 1997, I 413.

⁷² Some are subject to the EEA, while others are subject only to the requirements of the FCP.

⁷³ Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the coordination of procedures for the award of public works and Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts, which were followed by a new wave of Directives in the 1990s. Council Directive relating to the coordination for the award of public service contracts (92/50/EEC of 18 June 1992), (93/36/EEC and 93/37/EEC of 14 June 1993) modified by Directive 97/52/EC of 13 October 1997.

⁷⁴ Treaty establishing the European Community (Amsterdam consolidated version), *Journal officiel* n° C 340 of 10/11/1997 p. 0306.

⁷⁵ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, *Journal officiel* n° L 039 of 14/02/1976, p. 0040 - 0042.

⁷⁶ This article was interpreted strictly by the Kalanke decision (Case C-450/93, Kalanke v. Freie und Hansestadt Bremen [1995] E.C.R. I-3051) of the Court of Justice of the European Communities (CJEU), then reviewed more flexibly in the decisions of Marschall (Case C-409/95, Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen [1997] E.C.R. I-6363) and Badeck (Case C-158/97 Badeck *et al.* v. Hessischer Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000], E.C.R. I-01875).

⁷⁷ Offsets. See AGP, art. XVI (1) and NAFTA, art. 1006. Case C-360/89, *Commission of the European Communities v. Italian Republic* [1992] E.C.R. I-3401 [Commission city v. Italy] and Case C-243/89 *Commission of the European Communities v. Kingdom of Denmark* [1993] E.C.R. I-03353.

⁷⁸ *Commission v. Italy*. See also McCrudden (1999).

⁷⁹ For example, see Joined cases 27 to 29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) a. O. v. Société coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes »* [1987] E.C.R. 3347.

⁸⁰ Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v. State of the Netherlands*, [1988] E.C.R. 04635.

⁸¹ McCrudden (1998) quotes an appeal started by the European Commission against the Land of North Westphalia for the implementation of equal treatment measures in its government procurement contracts. The case would not be resolved before the tribunals.

⁸² And article 1003(2)(a) of NAFTA.

⁸³ See 63. See also: "most parties have excluded from their lists a range of service sectors. [...]" The empirical significance of these exclusions is not clear. Finally, there is a range of sectoral non-application and reciprocity provisions contained in the Annexes listing the services. The most general reciprocity provisions are of the form: "a service listed in Annex 4 is covered with respect to a particular party only to the extent that such party has included that service in Annex 4" (Low *et al.*, 1996).

⁸⁴ See notes 27 and 40.

⁸⁵ AGP, Appendix I, General Notes of Canada, art. i d), NAFTA, Annex 1001.2b, Schedule of Canada, art. 1 d).

⁸⁶ Information on the PSAB site, http://www.ainc-inac.gc.ca/saea-psab/index_e.html, consulted on June 1, 2004.

⁸⁷ *General Agreement on Trade in Services*, annex 1B of the *Final act of the Uruguay Round*, 15 April 1994, 33 I.L.M. 46, [hereinafter: GATS].

⁸⁸ For example, the Government of Canada does not stop to recall that health and education sectors are excluded from the GATS. It must be understood that this means that the rules of liberalizing the services sector would not change access (economic, for example) to these services. This includes the many Canadian women, who are in an economically vulnerable situation. However, the exclusion of certain service sectors from the GATS also means that, for these excluded sectors, the Government of Canada is exempted from certain other obligations related to the absence of discriminatory effects from its domestic policies toward foreign businesses. We feel that the standards and policies related to employment equity belong to this group of policies. The division between services targeted by Canadian commitments under the GATS and excluded services could therefore cover the consequences in that regard.

⁸⁹ For the purposes of this sub-section, no reference is made to NAFTA chapter 12 on trade in services. Helpful distinctions between the GATS and NAFTA concerning the status of the investor and the definition of the investment are analysed in the following sub-section.

⁹⁰ Article 1:3 (b) sets out the exclusion from the Agreement those services supplied in the exercise of governmental authority, on a non-commercial basis. This exclusion, far from being straightforward, was examined by Krajewski (2001).

⁹¹ See Steward (1999). See also *Appellate Body Report, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, adopted 9 September 1997, (WT/DS27/AB/R), §220. For a good summary of the “banana war,” see Bhala (2000).

⁹² Paragraphs c) and d). Our italics.

⁹³ GATS, art. XXVIII(g).

⁹⁴ Id.

⁹⁵ GATS, art. XXVIII (j).

⁹⁶ For a general presentation of the lists of commitments signed by the states with regard to the GATS, see WTO (2004a).

⁹⁷ See WTO (2004b).

⁹⁸ See Industry Canada, 2003, also cited “Conditional Offer”.

⁹⁹ See Conditional Offer, p. 3.

¹⁰⁰ See Conditional Offer, p. 28.

¹⁰¹ See Conditional Offer, p. 132.

¹⁰² This similarity must be analysed case by case. Analysis criteria, such as the end use of consumers, the property, nature and quality of a product or service can be derived from certain decisions from agencies appointed to resolve disputes, as in the case of the GATT/WTO.

¹⁰³ See for example, *Panel Report on United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, 7 November 1989 (L/6439 – 36S/386), §5.11 and *Appellate Body Report, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, par. 233.

¹⁰⁴ The idea that the obligation of granting “treatment no less favourable,” set out in article III.4 [of the GATT] is the public powers’ obligation to ensure effective equality of competition possibilities between national products and imported products, and with the principle that it is not necessary to show the effects on trade to establish the presence of a breach of this obligation. *Panel Report: Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, February 11, 2000 (WT/DS139/R) (WT/DS142/R), §10.84.

¹⁰⁵ See note 20 and on.

¹⁰⁶ These reports can now be obtained by contacting the CHRC.

¹⁰⁷ Meeting with DFAIT on April 9, 2003.

¹⁰⁸ Since the publication of the Abella Report in 1984, the Government of Canada has always avoided the coercive dimension or court action in the employment equity model. In accordance with this choice, it was noted that minor progress was made during changes to the Act in 1996. The slight means granted to the CHRC to accelerate this progress can still correspond to the concerns of some stakeholders (businesses in particular). However, this does not take into account the transparency requirements imposed by trade agreements, including the GATS.

¹⁰⁹ See note 26.

¹¹⁰ See the Memorandum of interpretation of certain provisions of Chapter 11, (International Trade Canada, 2001).

¹¹¹ Among others, see: "NAFTA Chapter 11 Conference," organized by the Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, January 18, 2002, in collaboration with DFAIT. The documents are available on-line at <http://www.carleton.ca/ctpl/conferences.htm>, consulted on June 1, 2004.

¹¹² Article 1101 (3) of NAFTA stipulates that "this Chapter does not apply to measures adopted or maintained by a Party to the extent that they are covered by Chapter Fourteen (Financial Services)." Chapter 14, however, does not entirely exclude the application of chapter 11.

¹¹³ Article 1114 (1) of NAFTA.

¹¹⁴ North American Agreement on Environmental Cooperation and North American Agreement on Labour Cooperation, September 13, 1993, reprinted in English in NAFTA Text – Including Supplemental Agreements, CCH, 1994, pp. 747-773 and pp. 775-801.

¹¹⁵ Article 201 of NAFTA provides that a measure means any legislation, regulation, procedure, provision or practice.

¹¹⁶ *Pope & Talbot v. the Government of Canada, Award on the Merits* (2001), on-line at the Department of Foreign Affairs and International Trade: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dis/pope_archive-en.asp, consulted on June 1, 2004.

¹¹⁷ See article 1106 (6) of NAFTA.

¹¹⁸ See note 110.

¹¹⁹ Except for public interest reasons, on a non-discriminatory basis and in compliance with the regular application of the Act and paragraph 1105 (1), everything is in return for the payment of compensation in compliance with paragraphs 2 to 6.

¹²⁰ NAFTA, article 1110 (1).

¹²¹ *Metalclad v. United States of Mexico*, Final Award (Case CIRDI No ARB(AF)/97/1), (2000) par. 103.

¹²² *Pope & Talbot v. Canada*, interim award (2000), aforementioned, note 116.

¹²³ *S.D. Myers v. the Government of Canada (partial award)* (2000), on-line Department of Foreign Affairs and International Trade Canada: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcnadapartialaward_final_13-11-00.pdf, (arbitrators: B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter), consulted on June 1, 2004.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ Employment Equity Act, S.C. 1995, c. 44.

¹²⁶ See note 114.

¹²⁷ GATT, article XX(a).

¹²⁸ GATS, article XIV(a).

¹²⁹ AGP, article XXIII(2).

¹³⁰ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights [TRIPs], Annex 1C of the Final Act, 15 April 1994, 33 I.L.M. 1197, art. 27 (2).

¹³¹ For example, see article XXIII of the AGP.

¹³² It was due to this alignment referred to in Singapore in 1996 that the ILO felt it necessary to adopt in 1998 the "ILO Declaration on fundamental principles and rights at work," June 1998, adopted at the 86th session, on-line: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>, consulted on June 1, 2004.

¹³³ Recognition of these principles is based on articles 53 and 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 115 R.T.N.U. 331; 8 I.L.M. 679 (effective 27 January 1980). See Romain (1995).

¹³⁴ Definition reprinted by Ghestin, *Traité de Droit Civil*, t. 2, spéc. P. 85, n° 93 and réf. 41, cited in J.-F. Romain, *ibid.*, p. 29.

¹³⁵ Kleven (2002), 69, note 1. "Under U.S. law the term 'general welfare,' which is used in the UDHR, has a very broad meaning that might allow the freedom to leave to be restricted for a wide variety of reasons pursuant to a rational basis test according to no special protection. Perhaps for this reason a general welfare exception was expressly rejected

in drafting the ICCPR, the operative law, in favor of the 'public order/ordre public' terminology, which has somewhat narrower overtones in English (akin perhaps to prevention of disorder) than in French where it invokes not only the welfare of the public but also the protection of individual human rights that 'cannot be lightly sacrificed even for the good of the majority or the common good of all.'

¹³⁶ For example, see Tetley (1994): the author uses the double expression "public policy/order" to refer to public order exception.

¹³⁷ Goldstein's work (1992) is the most complete.

¹³⁸ GATT, article XX.

¹³⁹ *Sami Hainonen*, case 394/97, 15 June 1999, att. 43.

¹⁴⁰ Jurisdictions of the European Court of Human Rights, art. 32 of the *de la Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

¹⁴¹ ECHR, *Loizidou/Turkey*, 23 March 1995, series A, No. 310, § 93; see also paragraph 75 of the above case, in which the Court stated that the Convention plays a "role as a constitutional European public order." See also Sudre (1995).

¹⁴² *Soering*, 7 July 1989, A.161 G A N° 33.

¹⁴³ Expression used by Lalive (1986).

¹⁴⁴ Goldman (1979), cited by Racine (1999).

¹⁴⁵ Dollinger, 2000; Oppetit, 1998. See the Preliminary Draft UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, approved by the UNIDROIT Study Group in its third session, 26 January 1990.

¹⁴⁶ Ibid, p. 309. See also Racine (1999). To immoral acts, Racine adds boycotting for racial reasons, providing as an example the boycott of Arab countries against Israel.

¹⁴⁷ ILO declaration on fundamental principles and rights at work, note 132.

¹⁴⁸ International Labour Conference, Report IB, International Labour Conference, 91st session, June 2003, Global report under the follow-up to the ILO declaration on fundamental principles and rights at work titled Time for equality at work, on-line at: <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/english/standards/reim/ilc/ilc92/reports.htm>, consulted on June 1, 2004.

¹⁴⁹ We will return to this in the last part of the study.

¹⁵⁰ See Tornqvist *et al.* (1999, 2002). The World Bank's approach involves identifying within its structure the elements essential to implementing a global GBA strategy: responsibility of its executives, staff trained on GBA, budget allocated specifically for this implementation and greater collaboration with civil society and "donor" countries.

¹⁵¹ The definition for "autonomisation" is provided in French in *Le grand dictionnaire terminologique*, on-line: http://w3.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp, consulted on June 1, 2004. [Tr. – For the definition of the English equivalent "empowerment," please see: <http://www.m-w.com/cgi-bin/dictionary?book=Dictionary&va=empowerment>, checked on November 12, 2004.]

¹⁵² Level 1: Material well-being: Measures making it possible to improve the material well-being of women; Level 2: Access: Measures allowing women access to the resource so that they can see to their well-being themselves; Level 3: Awareness-raising: Measures making women aware of the erroneous beliefs gained socially and that make women feel inferior. This measure is not easily quantifiable, but aims to determine whether women consider themselves equal to men; Level 4: Mobilization: Completion of common actions by women who are mobilized to improve their living conditions; Level 5: Control: Participation of women in the decision-making process. Women can thus have true access to resources, which enables them to improve their well-being.

¹⁵³ See WIDE (2004).

¹⁵⁴ See UNCCD (2004).

¹⁵⁵ See APEC (2004a).

¹⁵⁶ See APEC Second Ministerial Meeting on Women at: http://www.apecsec.org.sg/apec/ministerial_statements/sectoral_ministerial/women/2002_women.html, consulted on June 1, 2004, in particular para. 23 of the Declaration.

¹⁵⁷ See APEC (2004b).

¹⁵⁸ See SIA (2004).

¹⁵⁹ Meeting with DFAIT on April 9, 2003.

¹⁶⁰ For work on removal, see the North-South Institute (2001). For a theoretical proposal as a reference point, see also, Blacklock (2000).

¹⁶¹ See Team Canada Inc (2004). The list of members from the industry was not available.

¹⁶² See for example Team Canada Inc (2004).

¹⁶³ See recommendation No. 35 in particular.

¹⁶⁴ See http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/wto_opinion-en.asp, consulted on June 1, 2004.

¹⁶⁵ See *ILO Declaration on fundamental principles and rights at work* (ILO, 1998).

¹⁶⁶ See Task Force on Women Entrepreneurs: The Task Force will then provide advice to the federal government on broad issues in women's entrepreneurship. To this end, the Task Force will make suggestions for specific initiatives that the government should consider, such as research and trade. On-line at: <http://www.liberal.parl.gc.ca/entrepreneur/about.asp?lang=en>, consulted on June 1, 2004.

¹⁶⁷ See *Canada's Initial Offer*, note 98.

¹⁶⁸ See *Evaluation of the Employment Equity Program - Final Audit*, note 17.

¹⁶⁹ Telephone conversation with Sébastien Sigouin of the CHRC, April 24, 2003.

¹⁷⁰ See note 110.

¹⁷¹ See note 71.

¹⁷² The purpose of the WTO Trade Policy Review Mechanism (TPRM) is to contribute so that all Members comply further with the rules, disciplines and commitments set out in multilateral trade agreements and, if necessary, plurilateral trade agreements, and therefore facilitate the operation of the multilateral trade system, by enabling increased transparency and a better understanding of Members' trade policies and practices. However, it is not designed to serve as a basis to ensure the respect of specific obligations stemming from agreements. The TPRM was instituted to review trade policies and the trade policies and practices of all Members will be reviewed periodically.

¹⁷³ In compliance with the objectives of the GATS as set out in the preamble and article IV, and as set out in article XIX, negotiations are conducted on the basis of progressive liberalization [...] and by acknowledging the right of Members to regulate the provision of services and to introduce new regulations in that regard. See *Guidelines and procedures for the negotiations on trade in services adopted 28 March 2001 by the WTO Council on Trade in Services at a special session*, on-line: http://www.wto.org/english/news_e/pres01_e/pr217_e.htm, consulted on June 1, 2004.

¹⁷⁴ See note 36.

¹⁷⁵ See note 111.

¹⁷⁶ See *Review of the Employment Equity Act Government of Canada Response to the 9th Report of the Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities*, note 40.

¹⁷⁷ See annex II.

¹⁷⁸ See note 17.

¹⁷⁹ See note 111.

¹⁸⁰ These thresholds are in effect until December 31, 2004.

¹⁸¹ Also excluded from the application of NAFTA and/or the WTO-AGP are contracts on the following goods and services: (a) ship construction and repair; (b) the elements, hardware, iron, steel and equipment related to land transport and rail transport in urban areas; (c) transport services that are integrally or incidentally part of a procurement contract; (d) communication and detecting equipment and radiation consistent equipment included in category 58 of the Federal Supply Classification (FSC); (e) procurement of petroleum meeting the imperatives of strategic reserves; (f) procurement to protect nuclear materials; (g) dredging operations.

**Projects Funded through Status of Women Canada's Policy Research Fund
Call for Proposals Trade Agreements and Women ***

Retaining Employment Equity Measures in Trade Agreements

Lucie Lamarche, in collaboration with Rémi Bachand, Aurélie Arnaud and Rachel Chagnon

Trade Agreements, Home Care and Women's Health

Olena Hankivsky and Marina Morrow with Pat Armstrong, Lindsey Galvin and Holly Grinvalds

Engendering Canadian Trade Policy: A Case-Study of Labour Mobility in Trade Agreements

Chantal Blouin, Heather Gibb, Maire McAdams and Ann Weston
The North-South Institute

Trade Agreements, the Health Care Sector, and Women's Health

Teresa Cyrus, Lori Curtis

Women with Disabilities Accessing Trade

Deborah Stienstra, Colleen Watters, Hugh Grant, Hui-Mei Huang and Lindsey Troschuk

Integrating Gender Perspectives Within the World Trade Organization: A Canadian Advocacy and Analysis Model

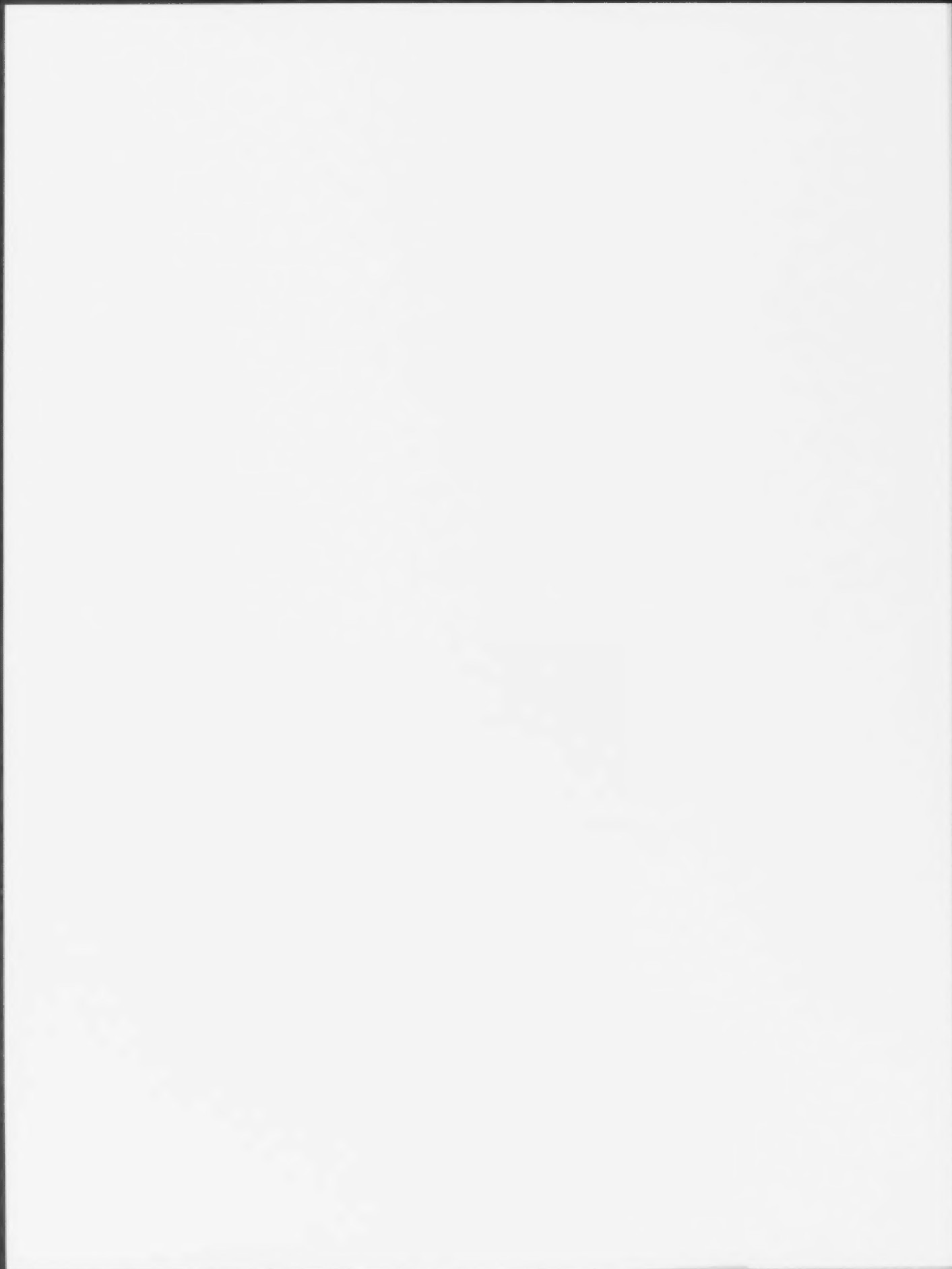
Dana Peebles

From the Fur Trade to Free Trade: Forestry and First Nations Women in Canada

Darlene Rude, Connie Deiter

* Some of these papers are still in progress and not all titles are finalized.





Sauvegarder les mesures d'équité en emploi à l'heure des accords de commerce

*Lucie Lamarche
Rémi Bachand
Aurélien Arnaud
Rachel Chagnon*



Recherche
en matière de politiques
Policy Research



Condition féminine
Canada

Status of Women
Canada

Canada

Sauvegarder les mesures d'équité en emploi à l'heure des accords de commerce

Lucie Lamarche
Université du Québec à Montréal

En collaboration avec
Rémi Bachand, Aurélie Arnaud et Rachel Chagnon

La recherche et la publication de la présente étude ont été financées par le Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada. Les opinions exprimées sont celle de l'auteure et ne reflètent pas nécessairement la politique officielle de Condition féminine Canada ou du gouvernement du Canada.

Février 2005

Condition féminine Canada se fait un devoir de veiller à ce que toutes les recherches menées grâce au Fonds de recherche en matière de politiques adhèrent à des principes méthodologiques, déontologiques et professionnels de haut niveau. Chaque rapport de recherche est examiné par des spécialistes du domaine visé à qui on demande, sous le couvert de l'anonymat, de formuler des commentaires sur les aspects suivants :

- l'exactitude, l'exhaustivité et l'actualité de l'information présentée;
- la mesure dans laquelle la méthodologie et les données recueillies appuient l'analyse et les recommandations;
- l'originalité du document par rapport au corpus existant sur le sujet et son utilité pour les organisations œuvrant pour la promotion de l'égalité, les groupes de défense des droits, les décisionnaires, les chercheuses ou chercheurs et d'autres publics cibles.

Condition féminine Canada remercie toutes les personnes qui participent à ce processus de révision par les pairs.

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives Canada

Lamarche, Lucie

Sauvegarder les mesures d'équité en emploi à l'heure des accords de commerce

Texte en anglais et en français disposé tête-bêche.

Titre de la p. de t. addit. : Retaining employment equity measures in trade agreements.

Disponible aussi sur l'Internet.

ISBN 0-662-68629-2

No de cat. SW21-117/2005

1. Discrimination sexuelle dans l'emploi – Canada.

2. Canada – Accords commerciaux – Aspect social.

3. Femmes – Travail – Canada.

I. Canada. Condition féminine Canada.

II. Titre : Retaining employment equity measures in trade agreements.

HD6060.5C3L35 2005 331.13'3'0971 C2004-980358-1F

Gestion de projet : Beck Dysart et Jo Anne de Lepper, Condition féminine Canada

Coordination de l'édition et de la traduction : Cathy Hallessey, Condition féminine Canada

Révision et mise en page : PMF Editorial Services Inc./PMF Services de rédaction inc.

Traduction : Lexi-Tech International

Pour d'autres renseignements, veuillez communiquer avec la :

Direction de la recherche

Condition féminine Canada

123, rue Slater, 10^e étage

Ottawa (Ontario) K1P 1H9

Téléphone : (613) 995-7835

Télécopieur : (613) 957-3359

ATME : (613) 996-1322

Ce document peut également être téléchargé
à partir du site Web de Condition féminine
<<http://www.swc-cfc.gc.ca/>>.

TABLE DES MATIÈRES

ACRONYMES	iv
PRÉFACE	vi
REMERCIEMENTS	vii
SOMMAIRE	viii
INTRODUCTION	1
La méthodologie de l'étude	5
Structure du rapport	5
PARTIE 1 : L'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA :	
LES CORRECTIFS REQUIS SONT-ILS DES CORRECTIFS POSSIBLES?	7
1. L'ÉQUITÉ EN EMPLOI : DES HAUTS, DES BAS... ET DES	
AMÉNAGEMENTS NÉCESSAIRES	10
L'histoire : les fondements juridiques et politiques de l'équité en emploi	
au Canada	10
Qui sont les entreprises soumises à la <i>Loi sur l'équité en emploi</i> ?	12
Le contrôle de la mise en oeuvre de l'équité en emploi au Canada : qui	
sont les acteurs? Quelles sont les obligations des entreprises?	13
Le nouveau cadre juridique et les pouvoirs de la CCDP en matière	
d'équité en emploi	15
Les résultats de la récente révision quinquennale de la <i>Loi sur l'équité en emploi</i> ...	18
2. LE PROGRAMME DES CONTRATS FÉDÉRAUX	20
Qu'est-ce que le PCF?	20
Les marchés publics et la politique canadienne d'approvisionnement	
en biens et en services	24
3. CONCLUSION DE LA PARTIE 1	29
PARTIE 2 : LES POLITIQUES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA	
ET LES EXIGENCES DÉCOULANT DES ACCORDS DE COMMERCE :	
POUR LE MEILLEUR OU POUR LE PIRE?	30

4. LES ACCORDS DE COMMERCE RELATIFS AUX MARCHÉS PUBLICS ET LA SAUVEGARDE DES MESURES CANADIENNES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI	33
Les marchés publics de biens et de services et les considérations sociales	33
Examen des règles relatives à la libéralisation des marchés publics selon l'AMP et l'ALÉNA	38
Les marchés publics et les politiques canadiennes d'équité en emploi	41
Qu'avons-nous appris?	47
5. L'AGCS ET LES MESURES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA	50
L'AGCS : le commerce des services et les modes de livraison de ces services	51
Le fonctionnement de l'AGCS	52
La règle du jeu : l'interdiction de la discrimination commerciale et le bénéfice du traitement national	54
Les obligations de transparence et d'objectivité prévues par l'AGCS	56
Les limitations relatives à l'embauche et les engagements spécifiques	57
Qu'avons-nous appris?	58
6. LES DROITS DE L'INVESTISSEUR, LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA ET L'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA	61
L'investisseur et l'investissement	62
Les droits des investisseurs	63
La régulation des expropriations	65
L'« effet paralysant » du chapitre 11 de l'ALÉNA	66
Qu'avons-nous appris?	67
7. L'ORDRE PUBLIC DANS LES ACCORDS DE COMMERCE ET LES POLITIQUES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI	69
Le concept d'ordre public dans une perspective comparée	71
L'ordre public transnational ou réellement international	73
8. CONCLUSION DE LA PARTIE 2	76
PARTIE 3 : L'IMPACT DES ACCORDS DE COMMERCE SUR LA RÉGLEMENTATION CANADIENNE DESTINÉE À L'ÉQUITÉ EN EMPLOI : DES CONCLUSIONS ET DES RECOMMANDATIONS TIRÉES DE L'ÉTUDE DE CAS	77
9. L'ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SEXES ET L'IMPACT DES ACCORDS DE COMMERCE : UN DOSSIER ÉMERGENT	77
ACS et développement	77
Les accords de commerce et l'ACS	78
Le Canada, l'ACS et les politiques nationales	80

10. L'ABSENCE DE MÉCANISMES DE CONSULTATION ET DE PRISE EN COMPTE DES IMPACTS DU COMMERCE SUR LES CANADIENNES	83
Le MAECI	83
Les grandes consultations	84
Les femmes et le commerce	85
11. QUELQUES RECOMMANDATIONS	87
12. DES PISTES EN VUE DE LA SAUVEGARDE DU MODÈLE CANADIEN D'ÉQUITÉ EN EMPLOI À L'HEURE DES ACCORDS DE COMMERCE	90
Négocier et re-négocier le contenu des engagements commerciaux en tenant compte des régulations internes en matière d'équité en emploi	90
Le renforcement du Programme de contrats fédéraux	95
La révision de la <i>Loi sur l'équité en emploi</i>	96
13. CONCLUSION	99
ANNEXES	
I : Le Classement des entreprises visées par la <i>Loi sur l'équité en matière d'emploi</i> par RHDCC	100
II : Les 12 étapes de la vérification par la CCDP de la conformité de la démarche d'adoption et d'implantation du plan d'équité en emploi	101
III : Le Rapport de vérification de la Banque de Hong Kong rédigé par CCDP	103
IV : L'examen de la <i>Loi sur l'équité en emploi</i> soumis aux exigences des accords de commerce : des questions	105
V : Règles relatives aux marchés publics du Canada	107
VI : Analyse comparative selon le sexe en huit étapes (Condition féminine Canada)	109
VII : Législation, jurisprudence, décisions et accords	110
BIBLIOGRAPHIE	115
NOTES	132

ACRONYMES

ACDI	Agence canadienne pour le développement international
ACI	Accord sur le commerce intérieur
ACS	Analyse comparative entre les sexes
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AGGI	Advisory Group on Gender Integration
AINC	Affaires indiennes et du Nord Canada
ALÉNA	Accord de libre-échange nord-américain
AMP	Accord sur les marchés publics
APEC	Coopération économique Asie-Pacifique
AWID	Association for the Women's Rights and Development
BIT	Bureau international du travail
CCDP	Commission canadienne des droits de la personne
CESAP	Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique
CE	Commission européenne
CFC	Condition Féminine Canada
CJE	Cour de justice européenne
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CPAECI	Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international
CPDRHCPH	Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées
CT	Conseil du Trésor du Canada
CVC	Conseils et Vérification Canada
DRHC	Développement des ressources humaines Canada, voir RHDCC
ECOTECH	Economic and Technical Cooperation
ERTG	Ententes de revendications territoriales globales
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GCSCE	Groupe de consultations sectorielles sur le commerce extérieur
IDPM	Institute for Development Policy and Management
IDS	Institute of Development Studies
IWGGT	Informal Working Group on Gender and Trade (OMC)
LÉE	Loi sur l'équité en matière d'emploi
MAECI	Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international Canada
NPF	Nation la plus favorisée
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du Commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
PAC	Plan d'action collectif
PAI	Plan d'action individuel
PCF	Programmes de contrats fédéraux
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
RHDCC	Ressources humaines et Développement des compétences Canada, anciennement Développement des ressources humaines Canada (DRHC)

SAEA	Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones
SIA	Étude d'impact sur le développement durable
TPSGC	Travaux publics et Services gouvernementaux Canada
UNIFEM	Fonds de développement des Nations Unies pour la femme
WEDO	Organisation des Femmes pour l'Environnement et le Développement
WIDE	Network Women in Development Europe
WGTGP	Groupe de travail de la transparence des marchés publics
WPGR	Groupe de travail sur les règles de l'Accord général sur le commerce des services
ZLÉA	Zone de libre-échange des Amériques

PRÉFACE

Une bonne politique publique est fonction d'une bonne recherche en matière de politiques. C'est pour cette raison que Condition féminine Canada a établi le Fonds de recherche en matière de politiques en 1996. Il appuie la recherche indépendante en matière de politiques sur des enjeux liés au programme gouvernemental qui doivent faire l'objet d'une analyse comparative entre les sexes. L'objectif visé est de favoriser les débats publics sur les enjeux liés à l'égalité des sexes et de permettre aux personnes, groupes, responsables de l'élaboration des politiques et analystes des politiques de participer plus efficacement à l'élaboration des politiques.

La recherche peut porter sur des enjeux nouveaux et à long terme ou sur des questions urgentes et à court terme dont l'incidence sur chacun des sexes requiert une analyse. Le financement est accordé au moyen d'un processus d'appel de propositions ouvert et en régime de concurrence. Un comité externe, non gouvernemental, joue un rôle de premier plan dans la détermination des priorités de la recherche, le choix des propositions financées et l'évaluation du rapport final.

Le présent rapport de recherche fait suite à un appel de propositions lancé en août 2001, sous le thème « Les accords commerciaux et les femmes ». D'autres recherches financées par Condition féminine Canada sur le même thème examinent, par exemple : les répercussions des engagements commerciaux du Canada qui ont trait à la mobilité de la main-d'œuvre, l'effet des accords commerciaux sur les soins de santé au Canada, les répercussions des accords de libre-échange sur les Canadiennes autochtones au plan social, économique, culturel et environnemental, la formulation de modèles canadiens devant permettre d'intégrer aux accords commerciaux des considérations liées à l'égalité entre les sexes, les répercussions des accords commerciaux sur les mesures proactives d'emploi qui visent les femmes dans le secteur privé canadien, ainsi que les effets des accords commerciaux sur les femmes handicapées.

Une liste complète des projets de recherche financés dans le cadre de cet appel de propositions se trouve à la fin du présent rapport.

Nous remercions les chercheuses et les chercheurs de leur apport au débat sur les politiques gouvernementales.

REMERCIEMENTS

Le Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada a subventionné cette étude. Nous tenons à remercier les personnes suivantes pour leur participation soutenue au projet : Rémi Bachand, Aurélie Arnaud et M^e Rachel Chagnon. Nous tenons aussi à souligner la disponibilité de nos collègues, amis et amies du Centre Etudes Internationales et Mondialisation (CEIM) et du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CEDIM), deux unités de recherche de l'UQAM qui sont regroupées sous le toit de la Faculté de science politique et de droit. Les centres de recherche universitaires n'échappent pas à la logique des rapports de sexes. La présente étude nous a permis de mettre en évidence, au sein de notre équipe de travail, le fait que le commerce, tout comme la mondialisation, ne produisent pas des effets indifférenciés selon le sexe. Nos collègues ont accepté de bonne grâce ce constant rappel. Nous souhaitons aussi mentionner la collaboration soutenue de la Commission canadienne des droits de la personne et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international et les en remercions. Enfin, merci à Condition féminine Canada pour son constant support et sa compréhension tout au long des travaux.

Les renseignements contenus dans ce rapport de recherche sont à jour au 1^{er} juin 2004, les nombreux sites Web cités ont été vérifiés à la même date.

SOMMAIRE

Au Canada, les mesures d'équité en emploi sont définies et perçues comme constituant des mesures nécessaires à la promotion du droit à l'égalité au travail des Canadiennes et de trois autres groupes désignés par la Loi, soit les minorités visibles, les personnes handicapées et les Autochtones. Bien qu'on en ait entrepris la mise en oeuvre il y a maintenant près de 20 ans, les récentes évaluations de la *Loi sur l'équité en emploi* permettent d'affirmer que peu d'intervenants remettent sérieusement en question la pertinence de ces mesures. Il en va de même du Programme de contrats fédéraux (PCF). Ce dernier assortit certains contrats de marchés publics attribués à des fournisseurs canadiens ou à des fournisseurs établis au Canada de l'exigence de mettre en oeuvre de plans d'équité en emploi en entreprise. On constate en général que ces programmes doivent être améliorés afin d'atteindre les objectifs recherchés.

La récente et fulgurante évolution de la libéralisation des échanges commerciaux et des accords de commerce a donné lieu à une critique soutenue voulant que ces derniers portent atteinte à la capacité souveraine des États de réguler le social et l'intérêt public selon les valeurs propres à chaque pays. Le droit se mondialiserait, tout comme le commerce. Il est aussi démontré que la libéralisation des échanges commerciaux et l'ouverture des marchés de biens et de services à la concurrence internationale sont des phénomènes qui ne comportent pas que des bonnes nouvelles en ce qui concerne l'emploi des femmes et la qualité de leurs conditions de vie en général. Ainsi, la « mondialisation » reposerait lourdement sur le recours accru à l'exploitation de la main-d'oeuvre et du travail féminins, tant en ce qui a trait au travail visible qu'au travail invisible.

Au-delà des ces affirmations et de ces études, rares sont cependant les recherches qui ont pour objet l'examen particulier des effets des accords de commerce sur une mesure réglementaire spécifique destinée à la promotion du droit des Canadiennes à l'égalité. La présente étude de cas s'y est risquée sans préjugé ou *a priori*. Elle doit donc être appréciée pour ce qu'elle révèle, sans plus. Cependant, elle doit aussi être reçue comme constituant un apport méthodologique à la problématique des effets des accords de commerce sur la capacité des États d'intervenir dans les espaces sociaux nationaux.

Cette étude de cas ne s'intéresse qu'à un programme destiné entre autres aux femmes en emploi : le modèle fédéral de l'équité en emploi. Elle exclut le cas de l'équité salariale. Elle n'examine cette mesure que dans le cas du secteur privé soumis à la *Loi sur l'équité en emploi* ou encore dans celui des entreprises soumissionnaires de marchés publics octroyés par le gouvernement fédéral. L'étude pose donc la question de savoir si, dans le cas particulier de l'équité en emploi, l'on peut corroborer l'affirmation selon laquelle les engagements pris par le Canada en vertu de divers accords porteraient atteinte, à court ou à moyen terme, à la capacité de ce dernier de maintenir des mesures nationales destinées à la promotion de l'égalité en emploi des Canadiennes. Dans le but de répondre à cette question, l'étude se concentre, pour des raisons qui y sont expliquées, sur deux accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) signés par le Canada : l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les marchés publics (AMP), elle

porte aussi une attention particulière à l'Accord de libre-échange de l'Amérique du Nord (ALÉNA), et surtout au chapitre 11 de l'ALÉNA sur les investissements.

L'étude est divisée en trois parties. La première fait le point sur l'équité en emploi au Canada et sur le besoin objectif d'améliorer ce modèle. La deuxième partie de l'étude se concentre sur l'analyse de l'AGCS et de l'AMP, compte tenu de l'hypothèse suivante : ces accords empêchent-ils le Canada de bonifier les mesures d'équité en emploi? Des conclusions et recommandations, dont nous esquisserons brièvement les contours dans les lignes qui suivent, sont avancées en troisième partie.

Soulignons d'abord la principale conclusion de l'étude. Les accords de commerce examinés ne portent pas atteinte directement à la capacité du gouvernement fédéral canadien de maintenir, de bonifier ou d'amplifier la portée des mesures d'équité en emploi légiférées (entreprises directement soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*) ou non légiférées (programmes de contrats fédéraux). Au contraire, ces accords exigent du Canada une transparence et une rigueur jamais égales dans la gestion de ces programmes, qui, dans leur état actuel, présentent des faiblesses en regard des normes qu'ils établissent. En effet, et ce dans la mesure où les entreprises concernées sont celles qui, bien qu'opérant au Canada, sont sous contrôle étranger, on peut prétendre que l'AGCS et l'AMP « font monter les enchères ». C'est donc indirectement que la surenchère de la transparence, au chapitre des mesures d'équité en emploi imposées aux entreprises qui opèrent au Canada, constitue un obstacle à la capacité du Canada d'agir en faveur de l'équité en emploi.

La question qui en découle est donc double : d'abord, jusqu'à quel point le modèle de l'équité en emploi, que l'on peut qualifier de modèle complexe d'égalité entre les sexes, peut-il dans sa gestion quotidienne faire face aux exigences découlant des accords de commerce, lesquels garantissent aux employeurs-investisseurs étrangers la prévisibilité quasi totale des conditions de commerce? Ensuite, il reste à savoir si le gouvernement est aussi prêt à faire face à ce nouveau défi posé à la réglementation nationale par les accords de commerce ou si plutôt, comme certains le prétendent, il en est incapable, étant frappé par l'immobilisme « politique » que lui dictent l'atmosphère et l'idéologie de la libéralisation des échanges?

Difficile à dire, car jusqu'à ce jour, le dossier se distingue par une absence quasi totale de dialogue entre les parties concernées. C'est pourquoi plusieurs de nos recommandations concernent au premier chef la question de l'analyse comparative selon les sexes des politiques commerciales ainsi que les conditions d'édification d'un dialogue utile entre les Canadiennes et l'État, en ce qui concerne le commerce international et les mécanismes nationaux destinés à la détermination des politiques commerciales du Canada. D'une part, l'étude de cas révèle un « quotidien du commerce international » qui exige des Canadiennes qu'elles s'initient aux exigences techniques de cette nouvelle réalité. D'autre part, elle révèle que l'obligation positive de l'État d'agir en vue de la promotion des droits de la personne et du droit des femmes à l'égalité signifie qu'il doit veiller à ce que le commerce international soit compris par les Canadiennes et évalué dans ses impacts en fonction des droits de ces dernières. C'est dans ce sillon qu'il convient aussi de revoir l'impact de la méthodologie

de l'analyse comparative selon les sexes en matière de commerce international. Car le commerce n'est pas une compétence gouvernementale comme une autre. Il s'agit d'une intervention transversale qui ne s'arrête pas à la porte d'un seul ministère ou organisme.

Nos conclusions et nos recommandations concernent aussi bien sûr le gouvernement fédéral lui-même. Il doit saisir toutes les occasions d'affirmer, dans les institutions du commerce international, la légitimité des mesures canadiennes d'équité en emploi, afin de les sauvegarder.

Enfin, nos recommandations embrassent la question des améliorations dont devront rapidement profiter les programmes légiférés et non légiférés d'équité en emploi au Canada. Jamais jusqu'à ce jour n'a-t-on envisagé cette question en fonction des nouveaux paramètres posés par les engagements commerciaux internationaux du Canada. Tout au plus s'est-on récemment attardé aux humeurs des entreprises soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*. Mais qui sont ces entreprises? Sont-elles totalement canadiennes? Ou, au contraire, sont-elles étrangères bien qu'établies au Canada? Sont-elles détentrices de droits particuliers vu leur position d'investisseurs au Canada? Quel effet un tel statut peut-il avoir sur les conditions de dialogue entre les institutions chargées de la mise en oeuvre de l'équité en emploi au Canada et ces entreprises? Tôt ou tard, il faudra faire le point entre la pertinence des modifications souhaitées aux mesures d'équité en emploi et la position des divers employeurs canadiens que le sujet concerne. Le gouvernement le souhaite-t-il? A-t-il le choix? Comment harmoniser d'une part, l'exigence d'équité en emploi, et d'autre part, les « droits » des entreprises étrangères embauchant au Canada? Nos recommandations sont destinées à combattre l'inertie présumée des décideurs dans ce domaine.

En terminant, qu'il nous soit permis un commentaire personnel issu de l'expérience de cette étude de cas. Il existe au Canada fort peu d'associations représentatives des femmes intéressées par la question « technique » des liens entre les accords de commerce que le Canada a ratifiés, les engagements pris à cet égard et l'intégrité des politiques nationales destinées à la promotion des droits des Canadiennes. Cette étude de cas ne porte pas de jugement sur la vaste question des impacts négatifs des accords de commerce sur les droits humains des femmes. Toutefois, nous croyons qu'elle démontre que les associations représentatives des Canadiennes doivent adapter leur analyse de ces politiques à de nouveaux paramètres induits des accords de commerce qui lient le Canada, d'une manière ou d'une autre. Pour ce faire, elles auront besoin de tout l'appui (éducation, sensibilisation, dialogue et analyse comparative selon le sexe) que doit leur consentir le gouvernement du Canada, dont c'est par ailleurs la responsabilité proactive en vertu de ses engagements pris en matière de droits de la personne sur la scène internationale.

INTRODUCTION

Le titre de ce rapport de recherche met en liaison, de manière empirique, deux domaines que la mondialisation tend à isoler l'un de l'autre : les droits de la personne et le commerce international. Certains prétendent que la multiplication des accords de commerce et l'institutionnalisation du commerce international, manifestations particulières mais non exclusives de la mondialisation, soumettent les droits de la personne au commerce. Les droits de la personne, et donc les droits des femmes et plus particulièrement le droit des femmes à l'égalité, seraient ainsi menacés par ces phénomènes. Cette crainte est illustrée par les nombreuses revendications qui exigent la primauté des droits humains sur les accords de commerce. Au nom encore une fois de cette crainte, le mouvement féministe dit souvent NON aux accords de commerce qui négligent de prendre en compte la dimension humaine du développement. Il sera aussi porté à dénoncer le modèle économique que sous-tendent de tels accords.

D'autres prétendent qu'à vrai dire, les risques de conflits entre les règles internationales du commerce et les droits humains sont assez limités et que les accords de commerce constituent un domaine spécialisé dont les règles sont destinées à régler au premier chef les conflits entre les marchands, et plus précisément encore, les conflits entre les États marchands. Ils ajoutent que les accords commerciaux bilatéraux, régionaux ou internationaux ne dictent pas la conduite des États en matière de droits de la personne et qu'advenant la violation des engagements que les États ont contractés en la matière, les instances internationales ou régionales appropriées se destinent à superviser et à sanctionner de telles conduites.

Ce débat est loin d'être vidé et il est important. Il pose la question de savoir si l'on peut tolérer que le droit du commerce international porte atteinte de quelque manière aux valeurs fondamentales de l'humanité, dont la dignité et l'égalité.

Sur cette toile de fond cependant, évoluent des femmes « situées ». Les femmes habitent un espace politique, économique et géographique dont on affirme qu'il est altéré négativement par les engagements commerciaux que contracte, souvent de manière peu démocratique, l'État dont elles sont ressortissantes.

Que cela peut-il signifier pour les Canadiennes qui travaillent ou qui souhaitent exercer un emploi? D'une part, elles sont bénéficiaires d'une norme constitutionnelle d'égalité (l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et les nombreuses lois relatives aux droits de la personne que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ont adoptées au fil des ans) que leur envient les femmes de plusieurs autres pays. D'autre part, elles sont victimes d'une reconfiguration de leur rapport au travail et à la pauvreté qui porte atteinte à leur droit à l'égalité. Le travail des femmes se fragmente et se précarise. On dit de plus en plus que les femmes sont « au service » de la mondialisation et qu'elles en paient le prix, malgré la croissance des volumes d'emploi féminins.

Souvent, les études socio-économiques portant sur les effets de la libéralisation du commerce au Canada se contentent d'analyser les variations en matière de volumes

d'emplois et de salaires. Les femmes ne constituent alors qu'une catégorie de « travailleurs ». Rarement, les études se concentrent-elles sur les effets spécifiques de cette libéralisation sur un mécanisme particulier destiné à promouvoir l'égalité des femmes au travail.

Cette pénurie d'études n'est pas réservée aux politiques du travail. En général, la réglementation étatique est rarement soumise à une analyse systématique des impacts des engagements commerciaux sur celle-ci. Il y a pourtant là matière à réflexion : les accords de commerce portent-ils atteinte à la capacité de l'État d'adopter et de mettre en oeuvre des politiques, des mécanismes et des normes destinés à la promotion d'un objectif social légitime?

Certains groupes de femmes n'ont pas encore récolté les fruits de la stratégie de l'équité en emploi : par exemple, les femmes pauvres, immigrantes ou peu scolarisées. Or ce sont ces mêmes femmes qui constituent la main-d'oeuvre captive du nouveau marché du travail. À l'heure où des femmes plus vulnérables devraient pouvoir compter sur les stratégies d'équité en emploi afin d'atteindre l'égalité, on est en droit de se demander si, au nom des règles prévues par les accords de commerce, on doit remettre en question la légitimité et la légalité de telles mesures.

Notre intérêt avéré pour les mesures d'équité en emploi tout comme notre expertise relative à l'historique et à la portée de la *Loi sur l'équité en emploi* nous ont incitée à reformuler la vaste question de savoir si « le commerce prime sur les droits humains ». La question empirique qui fait l'objet de la présente étude est donc la suivante : peut-on sauvegarder les mesures d'équité en emploi au Canada à l'heure des accords de commerce?

Cette recherche est à vrai dire une étude de cas pour laquelle nous n'avons trouvé aucun précédent. Elle se concentre sur une politique publique encadrée par la loi (l'équité en emploi) et par un programme (le programme fédéral de l'obligation contractuelle des soumissionnaires de marchés publics de mettre en oeuvre l'équité en emploi). Elle ne concerne que l'emploi des femmes dans le secteur privé (employeurs de plus de 100 employés). Elle n'examine que deux accords de commerce auquel le Canada est partie : l'Accord général de l'OMC sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) ainsi que les chapitres équivalents de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Ces choix découlent d'une certitude que nous avons acquise au fil de la recherche : la nécessité d'examiner au cas à cas la question de l'impact d'un ou de plusieurs accords de commerce sur une politique publique. Les conclusions de cette étude ne doivent donc pas être généralisées. Au contraire, elles sont destinées à convaincre du besoin de multiplier de telles études et de l'obligation du gouvernement de le faire.

Un mot s'impose relativement au choix des accords de commerce examinés. Nous aurions pu élargir l'assiette et procéder à un survol des principaux accords multilatéraux ou plurilatéraux de l'OMC, voire des chapitres équivalents de l'ALÉNA, sur les régulations essentielles à la promotion du droit des femmes à l'égalité en emploi. Un tel survol aurait répondu à un besoin d'éducation, mais non aux objectifs de l'étude. Ainsi, et à titre d'exemple, il aurait été intéressant de s'attarder à l'Accord sur les subventions et mesures

compensatoires de l'OMC. Cet accord concerne la capacité du gouvernement canadien de soutenir certains secteurs d'activités, et par effet, la main-d'oeuvre ou l'entrepreneurship féminin. Toutefois, l'examen d'un tel accord ne répondait pas directement aux besoins de l'étude de cas. Par ailleurs, et comme dans toute autre étude, les choix effectués reposent toujours sur une part d'arbitraire et de réalisme. Nous avons préféré restreindre notre champ d'analyse et procéder en conséquence à un examen approfondi du sujet, espérant fournir ainsi une méthodologie que d'autres études pourront reproduire. Le concept clé gouvernant notre choix demeure le besoin de l'analyse en profondeur des effets d'un accord de commerce sur un ensemble réglementaire national particulier.

De cette étude de cas, nous avons tiré un certain nombre de leçons. Premièrement, il ne suffit pas d'affirmer que les accords de commerce n'empêchent pas le Canada d'adopter des lois et des programmes destinés à la promotion des « valeurs canadiennes » ou de l'intérêt des Canadiens et des Canadiennes. Les accords de commerce façonnent indirectement les politiques sociales canadiennes plus qu'ils ne les interdisent. Ainsi, dans le cas de l'équité en emploi, nos conclusions sont paradoxales : ce n'est pas moins de réglementation, mais bien plus de réglementation, qu'exigent les accords de commerce. En effet, les obligations de transparence et de prévisibilité des conditions de commerce imposées par ces accords exigent des pays développés un niveau de raffinement législatif qui met au défi certaines lois, tout comme leur administration, en matière de droits de la personne. Nous expliquerons pourquoi et comment.

Deuxièmement, les accords de commerce que le Canada a ratifiés n'expliquent qu'en partie et fort indirectement la « paralysie » du législateur devant une situation qui exigerait bien des redressements, comme c'est le cas en matière d'équité en emploi. Nous expliquerons, compte tenu des récentes évaluations auxquelles la *Loi sur l'équité en emploi* et le Programme de contrats fédéraux (PCF) ont été soumis, quels sont les redressements souhaitables et comment les entreprises les combattent subtilement.

Troisièmement, nous avons acquis la conviction qu'il existe un lien entre l'idéologie du laisser-faire commercial et l'immobilisme du législateur en matière d'équité en emploi. En apparence, les choses sont distinctes l'une de l'autre. Des logiques internes expliqueraient pourquoi la *Loi sur l'équité en emploi* ne sera pas bonifiée alors que cela constituerait la meilleure sauvegarde compte tenu des accords de commerce. En réalité, il semble évident qu'à l'heure de la libéralisation commerciale, le législateur est peu enclin à renforcer des mesures législatives qui assurent la promotion du droit des femmes à l'égalité en emploi. Le commerce gagnera-t-il par défaut? Cela signifierait que par immobilisme, les Canadiennes pourraient se voir à nouveau limitées à la possibilité fort inefficace, nous le savons, de déposer des plaintes de discrimination, qui rappelons-le, sont sans lien avec la *Loi sur l'équité en emploi*. Ce modèle, toutefois, serait-il le plus petit dénominateur universel indirectement imposé par les lois du commerce?

Enfin, cette étude nous a amenée à constater que face à la problématique du commerce, la méthodologie promue par Condition féminine Canada, et qui consiste à favoriser une analyse comparative selon les sexes des politiques et des programmes mis en oeuvre par le

gouvernement fédéral, n'est encore d'aucun secours. Nous verrons pourquoi et proposerons en ce sens quelques pistes et quelques recommandations.

Une étude de cas présente souvent le désavantage de revêtir des aspects fort techniques. Celle-ci n'échappe certainement pas à la règle. Nous nous en excusons. Cependant, ne faut-il pas reconnaître que cette inaccessibilité, qui est le propre des accords de commerce, contribue à la « victoire du marchand sur l'humain »?

En terminant, un mot sur les associations de femmes à qui les recherches commanditées par Condition féminine Canada sont entre autres destinées. Malgré nos efforts, ces associations (surtout au Québec) ont montré peu d'intérêt pour notre démarche. Le manque de disponibilité, mais surtout le manque de familiarité avec le sujet, explique largement cette attitude, selon nous. De plus, notre étude soulève pour ces associations une question fondamentale : faut-il réagir au phénomène des accords de commerce de l'extérieur (en les dénonçant) ou de l'intérieur (en les analysant)? Nous croyons que cette étude contribue à la discussion, souhaitable à cet égard : la vigilance que l'analyse des effets des accords de commerce sur les politiques publiques canadiennes exige des femmes et de leurs associations représentatives signifie que le gouvernement devra consentir un plus grand effort afin d'« éduquer les femmes au commerce ». La critique et l'opinion éclairée ne naissent pas spontanément. Le sujet est aride et en apparence, loin du quotidien des femmes, lequel se démarque par des conditions de plus en plus difficiles.

Cette difficulté particulière explique que nous ayons été dans l'impossibilité de soumettre à certaines associations représentatives de femmes les conclusions et les recommandations de cette étude de cas afin de les valider. C'était toutefois un engagement pris lors du dépôt de la proposition de recherche auprès de Condition féminine Canada et nous assumons entièrement la responsabilité relative à l'incapacité d'y donner suite. Nous aurions dû mieux évaluer *a priori* le besoin de formation des groupes de femmes canadiens et québécois en matière de commerce international. Faute de l'avoir fait, notre étude a suscité peu d'intérêt au moment où l'attention du mouvement féministe est plutôt tournée vers la recherche de liens de causalité directs entre l'appauvrissement des femmes, la précarisation de leurs conditions d'existence et les accords de commerce. On découvre petit à petit que ce lien est habituellement très difficile, voire impossible à établir. Notre étude, pour sa part, ne contemple pas les habituels indicateurs macro-économiques du commerce (volume d'emploi, salaire moyen, etc.), mais bien plutôt l'effet juridique des accords de commerce ratifiés par le Canada sur la capacité particulière du gouvernement de réguler dans des domaines essentiels à la promotion et à la protection du droit des femmes à l'égalité en emploi, dont l'équité. Par ailleurs, plusieurs des recommandations soumises concernent un ministère qui est étranger au mouvement féministe canadien et québécois, du moins dans sa composante commerciale : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI)¹. À cet égard, le mouvement des femmes se trouve dans une position diamétralement opposée à celle du milieu des affaires, beaucoup plus familier avec ce ministère. Disons pour conclure que « l'effet Beijing » produit des effets sur de tels ministères à la vitesse de la tortue.

La méthodologie de l'étude

Cette recherche se fonde sur une méthodologie juridique classique. Elle s'approvisionne d'une part aux sources du droit commercial international, c'est-à-dire dans les textes et les interprétations judiciaires des accords de commerce que sont l'AGCS et l'AMP et, d'autre part, aux sources juridiques et administratives de l'équité en emploi (loi, règlements, manuels d'application, doctrine) au Canada. Les trois temps principaux de la recherche peuvent être décrits comme suit.

- *Les accords de commerce* : analyse des sources administratives (par les instances du commerce, dont l'OMC) et juridiques (le texte des accords : AGCS, GATT, ALÉNA, ZLÉA) et judiciaires (par les panels d'arbitrage de l'OMC ou de l'ALÉNA) productrices des *concepts* commerciaux susceptibles d'interagir avec la politique publique canadienne en matière d'équité en emploi : par exemple, parité, exigences non économiques, discrimination commerciale, sauvegarde, urgence, ordre public, harmonisation, transparence, exceptions générales et particulières.
- *L'équité en emploi* : synthèse des modes de mise en oeuvre de l'équité en emploi (équité salariale, équité en emploi, obligation contractuelle) dans le secteur privé au Canada : par exemple, quelles exigences découlent de la Loi? des instances chargées de la mise en oeuvre et de la vérification en entreprise? des manuels d'application technique et des directives? Quels sont les éléments de transparence, de prévisibilité pour les employeurs? Quelles sont les zones d'ombre?
- *Les stratégies de sauvegarde des mesures d'équité en emploi* : (1) par comparaison et analyse, identifier des libellés destinés aux textes des accords de commerce, identifier des argumentaires susceptibles d'attirer l'attention des négociateurs sur l'importance des mesures d'équité en emploi à titre de politiques publiques devant être sauvegardées des exigences des accords de commerce; (2) par analyse de la synthèse des mesures d'équité en emploi, proposer des améliorations aux procédures relatives à la mise en oeuvre des mesures d'équité en emploi au Canada afin de renforcer leur légitimité dans le cadre de la mise en oeuvre des accords de commerce et d'accroître leur transparence; (3) proposer aux groupes de femmes des lieux d'intervention utiles (les organes techniques du commerce, par exemple, ou encore l'exigence de consultation systématique par le MAECI afin de promouvoir le besoin d'assurer la sauvegarde des politiques d'équité en emploi au Canada.

Nous avons aussi contacté au besoin les interlocuteurs gouvernementaux concernés, et plus particulièrement, la Commission canadienne des droits de la personne, Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC) et le MAECI. Encore une fois, nous les remercions de leur disponibilité.

Structure du rapport

Ce rapport compte trois sections principales. La première section fait l'analyse du modèle législatif et non législatif (PCF) de l'équité en emploi au Canada en tenant compte des

récents bilans disponibles. Cette analyse est menée indépendamment de toute considération issue des accords de commerce (AGCS et AMP) afin de mettre en évidence la nature des correctifs qui devraient être apportés à la Loi et au PCF. Pour chaque composante de l'étude (la Loi et le PCF) des questions sont mises en évidence, lesquelles trouveront réponse dans les sections subséquentes. La deuxième section de l'étude est consacrée à l'analyse de l'AGCS et de l'AMP. Dans chaque cas, il s'agit d'examiner ces accords dans le but de déterminer (1) s'ils remettent en cause la *Loi sur l'équité en emploi* et le PCF et (2) s'ils exigent des modifications à cette Loi et au programme. C'est ainsi que nous répondrons aux questions soulevées dans la première section de l'étude. La troisième et dernière section propose entre autres une série de recommandations destinées à sauvegarder le modèle canadien de l'équité en emploi à l'heure des accords de commerce. Cependant, cette section s'attarde aussi à la question de savoir comment, de manière concrète, et selon quelles conditions, on peut développer au Canada une analyse comparative selon les sexes des effets des accords de commerce sur les politiques sociales publiques qui bénéficient aux Canadiennes.

PARTIE 1 : L'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA : LES CORRECTIFS REQUIS SONT-ILS DES CORRECTIFS POSSIBLES?

La première section de cette étude entend jeter les bases de l'étude de cas. Comme nous l'avons vu en introduction, les politiques canadiennes de promotion de l'égalité en emploi des membres des groupes victimes de discrimination reposent entre autres sur deux stratégies significatives : l'équité en emploi et l'obligation contractuelle liée à l'attribution des contrats de marchés publics.

Dans le premier cas, il s'agit d'agir sur la distribution de la richesse-emploi au bénéfice des membres des groupes désignés. Bien que cette classification soit aujourd'hui remise en question, les groupes désignés sont constitués des femmes, des minorités visibles, des personnes handicapées et des Autochtones. Cette stratégie concerne toutes les entreprises oeuvrant et embauchant au Canada plus de 100 employés. Par extension, l'équité en emploi est devenue une condition d'octroi des marchés publics fédéraux lorsque les entreprises soumissionnaires s'avèrent être des entreprises embauchant au moins 100 employés au Canada et qui soumissionnent des contrats d'une valeur d'au moins 200 000 dollars. Ces entreprises peuvent être canadiennes, mais pas uniquement. En raison des exigences découlant de certains accords de commerce, les marchés publics sont de plus en plus attribués à des soumissionnaires étrangers qui, tant qu'ils embauchent au Canada, sont également soumis aux conditions d'octroi de ces marchés et donc aux objectifs de l'équité en emploi.

Alors qu'il est d'usage, à l'heure de la libéralisation mondiale du commerce, d'affirmer que ce dernier phénomène contribue à l'accroissement de la vulnérabilité économique des femmes, la stratégie de l'équité en emploi, consacrée par la *Loi sur l'équité en emploi* (ou LÉE) et le Programme des contrats fédéraux (PCF), a nettement bénéficié aux femmes et leur bénéficie encore. Malgré les imperfections de la LÉE, il est tout de même nécessaire de relever ses forces dans un contexte de mondialisation. À titre d'exemple, la main-d'oeuvre occasionnelle ou occupant des postes à temps partiel est prise en compte dans la détermination des objectifs recherchés par l'implantation des plans d'équité en emploi dans les entreprises, stratégie qui avantage les femmes même si elle n'est pas explicitement prévue par la Loi. La littérature nous a sensibilisé au rapport négatif existant entre le fait d'être une femme au travail et les caractéristiques autre que le sexe qui constituent des facteurs d'exclusion : la race, par exemple. À cet égard, la Loi est fort imparfaite, mais cela ne signifie pas que les travailleuses les plus vulnérables ne bénéficient pas de l'équité en emploi. Bref, tous s'entendent pour dire que l'équité en emploi est nécessaire afin que les femmes continuent de bénéficier équitablement du partage de la richesse-emploi au Canada.

Au chapitre des stratégies de promotion de l'emploi des groupes les plus vulnérables et du développement régional, les pratiques de Travaux Publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) doivent aussi être considérées. En effet, à la suite de la ratification par le Canada des accords de commerce de l'OMC, tout comme de l'ALÉNA, le gouvernement a révisé sa stratégie d'approvisionnement et fait de la promotion du développement régional et des entreprises minoritaires un objectif secondaire par rapport à un nouvel objectif central :

favoriser la concurrence et faire appel dans toute la mesure du possible au secteur privé. Néanmoins, un programme a été sauvegardé : celui de la promotion des entreprises autochtones. Indirectement, il s'agit d'un programme qui aurait pu avantager d'autres groupes minoritaires du milieu des affaires tout comme les entreprises appartenant à des femmes. Or, ce n'est pas le cas.

Le cas de la conformité des politiques et des législations nationales d'équité en emploi aux exigences des accords de commerce a été soulevé par certains pays dans le contexte des forums de l'OMC, et plus particulièrement au sein du Groupe de travail sur la transparence des marchés publics (WGTGP) et de celui des règles de l'Accord (AGCS) général sur le commerce des services (WPGR). Dans le cas du WGTGP, deux tendances se sont manifestées. L'une consiste à dire que l'exigence du respect de la mise en oeuvre de mesures d'équité en emploi imposées à un fournisseur-employeur par un État équivaut ni plus ni moins à d'autres exigences, par exemple en matière d'environnement ou de sécurité des travailleurs. En conséquence, de telles mesures pourraient faire l'objet de pré-requis à l'obtention du contrat et seraient légitimes (OMC, 1996). Plus récemment toutefois, certains États membres ont souligné que ces programmes constituaient peut-être des conditions additionnelles étrangères à celles objectivement requises (capacité technique et commerciales du fournisseur) aux fins de l'exécution d'un contrat de marché public (OMC, 2002). Certains membres ont aussi tenu à préciser au fil des travaux du Groupe de travail, leur position. Dans ce contexte, la Suisse, l'Australie et le Canada ont réitéré la légitimité de l'exigence faite aux sous-traitants de respecter l'égalité entre les hommes et les femmes, et plus particulièrement l'équité en emploi, dans le cas du Canada (OMC, 2002). Dans le contexte de l'autre Groupe de travail dédié à l'AGCS, la Nouvelle Zélande a été plus précise en mentionnant que les programmes spéciaux destinés aux femmes, aux enfants, aux handicapés et aux minorités concernent l'atteinte d'objectifs nationaux et donc légitimes (Nouvelle-Zélande, 1997). Quoiqu'il en soit, la question n'a pas été abordée de manière systématique et le WGTGP, réuni en 2002, a provisoirement conclu que la création d'une liste unique de pratiques admissibles dans le contexte de l'AMP était impossible à dresser (Nouvelle-Zélande, 1997). Dans tous les cas, nos recherches ont révélé que l'examen de la légitimité des mesures d'équité en emploi proactives, comme celles en vigueur au Canada, n'ont pas fait l'objet d'une attention soutenue de la part des groupes de travail de l'OMC. Du côté de l'ALÉNA, on constate le silence total. Enfin, faut-il ajouter l'absence éloquent de toute analyse ou considérations différenciées selon le sexe au fil de ces discussions.

Le cas des marchés publics est différent. Réserver des marchés aux entreprises minoritaires, au détriment du respect des règles de la concurrence, est une politique qui va à l'encontre du principe de la libre concurrence préconisé par les accords de commerce et notamment ceux relatifs aux marchés publics. C'est pourquoi le Canada, dans la foulée des États-Unis, a jugé opportun de joindre à la ratification de l'AMP une note générale² prévoyant, entre autres, que les petites entreprises et les entreprises minoritaires étaient exclues de l'application de l'Accord. Dans le cas du chapitre 10 de l'ALÉNA traitant de la libéralisation des marchés publics, ces mêmes « marchés » ont aussi été exclus. C'est de cette réserve que découle aujourd'hui la politique qui favorise les entreprises autochtones. Pourquoi ne pas avoir aussi réservé des marchés au profit d'entreprises détenues par d'autres groupes dits minoritaires, dont les femmes ou les personnes handicapées? Nous reviendrons sur cette question.

On pourrait se satisfaire de cet état de fait s'il n'y avait pas au Canada un urgent besoin d'une part, de rénover l'équité en emploi, et d'autre part, de gérer la grogne de certaines entreprises qui estiment que la lourdeur du processus d'implantation de l'équité en emploi ainsi que ses aspects imprévisibles portent atteinte à « leur droit de faire commerce ». Par ailleurs, on constate aussi qu'il faut explorer la capacité du gouvernement central d'accroître l'efficacité du recours aux marchés publics afin de promouvoir plus adéquatement le développement non seulement des entreprises autochtones, mais aussi peut-être des entreprises appartenant aux femmes.

Dans le cas des mesures et des stratégies d'équité en emploi, le besoin d'une telle révision a été révélé en 2002 à l'occasion du dépôt du Rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées (CPDRHCPH) de la Chambre des communes. Cependant, les travaux du Comité ne font aucunement allusion aux « nouvelles » limites que les accords de commerce pourraient imposer à cet égard. En effet, les engagements du Canada au chapitre des accords de commerce ne sauvegardent pas spécifiquement ces stratégies. Nous avons donc estimé qu'il était opportun de mener une étude de cas afin d'évaluer la marge de manoeuvre réelle du gouvernement et du Parlement fédéraux en vue de modifications possibles et certainement souhaitables au chapitre des stratégies d'équité en emploi au Canada.

La présente partie du rapport aborde la première partie de l'équation de manière technique et détaillée. Elle pose le problème en identifiant les éléments qu'il convient de prendre en compte afin de vérifier si et comment le Canada peut bonifier les stratégies d'équité en emploi et celles des marchés publics à l'avantage des Canadiennes. Cette analyse n'exclut pas la possibilité que d'un point de vue juridique, la souveraineté canadienne soit parfaitement intacte et que les accords de commerce pertinents ne posent aucune limite à son exercice à ce chapitre. Toutefois, elle n'exclut pas le contraire non plus.

La section est divisée en trois sous-sections : d'abord, l'analyse de la *Loi sur l'équité en emploi*, puis, celle de l'obligation contractuelle et du PCF, et, enfin, l'introduction à la problématique des marchés réservés et exclus de l'application des accords de commerce et de certaines autres règles d'attribution des marchés publics au bénéfice de populations plus vulnérables. Il s'agit des marchés publics réservés aux entreprises autochtones. Chaque développement est suivi d'un encadré résumant les enjeux et mettant en évidence les questions auxquelles la partie 2 tente de répondre en fonction des engagements du Canada en vertu de principalement trois accords de commerce, jugés particulièrement pertinents : les accords de l'OMC relatifs aux marchés publics et au commerce des services (AMP et AGCS) et l'ALÉNA (chapitres relatifs aux marchés publics (10) et aux investissements (11)).

1. L'ÉQUITÉ EN EMPLOI : DES HAUTS, DES BAS... ET DES AMÉNAGEMENTS NÉCESSAIRES

La présente sous-section souhaite illustrer où en est le développement du modèle légiféré d'équité en emploi au Canada et pourquoi il serait grandement temps de renforcer les termes de la *Loi sur l'équité en emploi*. La Loi a été récemment soumise à la première révision quinquennale prévue. L'exercice a révélé cependant que les employeurs, et plus particulièrement les employeurs de moindre taille, ne sont pas sans lui reprocher sa complexité et son imprévisibilité à certains égards. Afin de mieux explorer dans la seconde partie de cette étude la mesure dans laquelle les « droits » des entreprises peuvent porter atteinte à la capacité du législateur de bonifier le modèle d'équité en emploi, il convient dans un premier temps de préciser ce qui pourrait faire l'objet d'une telle bonification. Les questions susceptibles d'entrer en conflit avec les termes des accords de commerce pertinents et pour lesquels le Canada a pris des engagements sont précisées à la fin de cette sous-section.

L'histoire : les fondements juridiques et politiques de l'équité en emploi au Canada

La Loi sur l'équité en matière d'emploi³ (ci-dessous LEE ou Loi) a été adoptée en 1986 et modifiée en 1996. Selon les termes de l'article 2, elle a pour but de réaliser l'égalité en milieu de travail et, à cette fin, de corriger les désavantages subis par quatre groupes historiquement victimes de discrimination en emploi : les membres des minorités visibles, les femmes, les personnes handicapées et les Autochtones. La réalisation de l'égalité en milieu de travail signifie que nul ne doit se voir refuser d'avantages ou de chances en matière d'emploi pour des motifs étrangers à sa compétence. Plus récemment, des considérations liées aux effets positifs de l'équité en emploi sur la rentabilité des entreprises se sont ajoutées à l'objectif énoncé par le législateur à l'article 2 de la LEE. Désormais, aux yeux du ministère en charge de la mise en œuvre de la LEE, Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC), il ne faut pas seulement voir la LEE comme un instrument de promotion des droits de la personne, mais aussi comme un outil permettant aux entreprises d'aspirer à une rentabilité accrue dans la gestion de leur ressources humaines (DRHC, 2001).

L'article 2 de la Loi prévoit aussi que l'égalité en emploi doit s'accomplir conformément au principe selon lequel *l'équité* en matière d'emploi requiert, outre un traitement identique des personnes, des *mesures spéciales* et des *aménagement*s adaptés aux différences. Conformément à l'article 10 de la Loi, les employeurs réalisent l'équité en emploi en adoptant et en mettant en œuvre un plan d'équité en emploi. Aux fins de l'élaboration de ces plans, les employeurs doivent analyser leurs systèmes d'emploi et de rémunération par catégorie professionnelle ainsi que la composition de leurs effectifs dans le but de déterminer les objectifs à atteindre quant à la représentation des groupes désignés. Ils doivent aussi adopter un ensemble de mesures destinées à supprimer les obstacles à la réalisation de l'égalité en emploi. La *Loi sur l'équité en matière d'emploi* concerne les entreprises fédérales de plus de 100 employés ainsi qu'un grand nombre de secteurs de l'administration publique fédérale⁴. Compte tenu de l'objet de la présente recherche, seules les entreprises du secteur privé sont considérées.

Pourquoi le modèle de l'« équité en emploi » a-t-il fait son apparition au Canada? C'est Madame la Juge Abella qui, la première, employa l'expression « équité en emploi »⁵, alors qu'elle présidait la Commission d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi au Canada (Abella, 1984). Le contexte alors examiné était celui des limites d'une justice issue des plaintes individuelles de discrimination en emploi. Les membres des groupes historiquement victimes de discrimination espéraient ardemment la transformation *proactive* des lieux de travail en vue de leur en faciliter l'accès. Constatant l'immobilisme des chiffres relatifs à l'intégration en emploi des membres des groupes de la société canadienne victimes de discrimination, la juge Abella concluait alors au besoin d'imposer aux entreprises une obligation *proactive*, destinée à l'implantation de programmes d'accès à l'égalité en emploi « avant le fait », c'est-à-dire avant que ne surviennent des plaintes de discrimination en entreprise (Abella, 1984, p. 202-203).

La juge Abella proposait que l'emploi soit perçu comme une richesse rendue disponible par un système d'emploi que contrôle l'entreprise. Ce système d'emploi comporte à l'évidence différentes composantes discriminatoires et des barrières à l'emploi dont font les frais les groupes minoritaires et les femmes. Ces barrières sont le produit d'une société qui réserve dans les faits au groupe dominant la ressource que constitue l'emploi et qui détermine les exigences et les aptitudes requises en vue d'accéder à l'emploi en fonction des caractéristiques objectives et subjectives propres à ce groupe. La légitimité du raisonnement destiné à assimiler à de la discrimination cette situation de fait a été établie par la Cour suprême du Canada dans la décision *Action Travail des femmes c. Canadien National*⁶.

L'équité en emploi est donc associée à l'obligation pour l'employeur d'implanter de façon proactive et dans la foulée d'une obligation législative des plans comportant entre autres, mais non exclusivement, des objectifs numériques à atteindre dans chaque catégorie d'emplois présente en entreprise. Cette détermination numérique est fondée sur une corrélation entre la disponibilité des groupes minoritaires et des femmes sur le marché du travail pour un type d'emploi donné dans l'espace géographique dans lequel se situe l'entreprise et leur représentation à court terme et à moyen terme, en emploi.

La stratégie proactive de lutte contre la discrimination en emploi au Canada repose sur le postulat à l'effet que la modification de la représentation numérique des divers groupes en emploi permet d'atteindre une certaine parité qui constitue une réponse corrective à la discrimination systémique. C'est la théorie de la masse critique. Incontestablement, la *Loi sur l'équité en emploi* a contribué à accroître la présence numérique des femmes en emploi, plus particulièrement dans certains secteurs de l'emploi et dans certaines catégories professionnelles. Tout aussi incontestablement, cette Loi a des limites. Elle ne peut pas à elle seule venir à bout du problème de la précarisation de l'emploi féminin (Johnson, 2001, Forum, 2001, RHDCC, 2001) (le temps partiel, le travail sur appel, le travail à domicile) non plus que de celui du lien de plus en plus obscur des femmes au salariat (le cas du travail autonome ou pseudo-autonome (Bernstein et al., 2001), par exemple). RHDCC et la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) sont conscientes de ce problème. Ainsi, dans son *Rapport annuel 2001*, la CCDP souligne qu'on aurait tort de ne se fier qu'aux chiffres (CCDP, 2002a). Dans le secteur des transports, par exemple, la représentation des femmes est passée de 16 à 24,2 p. 100 entre 1987 et 2000. Cependant, la

moitié des femmes occupant dans ce secteur des emplois spécialisés travaillent à temps partiel (conductrices d'autobus scolaires, surtout) (CCDP, 2002). En 2000, 22 p. 100 des femmes travaillant dans le secteur privé occupaient des postes temporaires contre 9 p. 100 des hommes. Cette statistique culmine dans le cas des femmes autochtones, dont 25 p. 100 occupent un emploi temporaire ou à temps partiel. L'attention que porte RHDCC à ce problème est par contre plus difficile à cerner. Si on lit attentivement ses rapports 2001 à 2003, on remarque que le Ministère, lorsqu'il présente la situation des femmes en emploi, réfère uniquement aux chiffres globaux et ne fait pas de distinction entre emploi à temps partiel ou emploi à temps plein ou encore entre emploi temporaire et emploi permanent (RHDCC, 2004a, DRHC, 2002, 2001).

Néanmoins, il ne doit pas être négligé qu'en général, la représentation des femmes dans le secteur privé est passée de 40,1 p. 100 en 1987 à 43,9 p. 100 en 2000. Ce chiffre avoisine leur taux de disponibilité général à l'emploi, qui a été évalué à 46,4 p. 100. De plus, des gains ont été enregistrés dans les catégories supérieures d'emploi dans certains secteurs, dont celui des banques, traditionnel ghetto rose. La *Loi sur l'équité en emploi* contribue donc de manière significative à la promotion de l'emploi féminin au Canada, malgré les bouleversements induits de la transformation de l'emploi salarié féminin.

Cependant, ces progrès ne sont pas le seul produit du temps écoulé depuis l'adoption de la Loi initiale de 1986. L'étude de l'équité en emploi révèle que le rôle de vérification confié à la CCDP lors des amendements de 1996 est un élément important de ce succès (CCDP, 2002a). Nous verrons pourquoi plus loin. Retenons pour l'instant que la gestion de l'équité en emploi au Canada repose lourdement sur des interactions nombreuses et obligées entre les entreprises, RHDCC et la CCDP. Dans un premier volet de la Loi, les entreprises doivent annuellement faire rapport à RHDCC de leur progrès en matière d'équité en emploi. Ce rapport doit contenir les données statistiques sur la progression des groupes désignés par la Loi ainsi qu'un rapport narratif faisant état des mesures qualitatives prises afin d'améliorer la représentation en entreprise de ces groupes désignés⁷. De plus, les entreprises doivent travailler à l'élaboration d'un plan d'équité en emploi qui sera vérifié par la CCDP⁸. Elles ne peuvent échapper à ce processus dès lors qu'elles sont soumises à la Loi. C'est cet aspect de la Loi, et en général du modèle de l'équité en emploi au Canada, qui retient notre attention dans les pages qui suivent.

Qui sont les entreprises soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*?

Selon l'article 3 de la *Loi sur l'équité en emploi*, un « employeur du secteur privé » est défini comme quiconque emploie au moins 100 employés au sein ou dans le cadre d'une entreprise fédérale au sens de l'article 2 du *Code canadien du travail*, ainsi que comme toute personne morale employant au moins 100 salariés et constituée pour l'accomplissement de fonctions au nom du gouvernement du Canada. L'article 2 du *Code du travail canadien* décrit ce qu'est une entreprise fédérale. Il s'agit des entreprises dont les activités ne se limitent pas à des activités exercées dans une province du Canada et de certaines autres dont les activités sont de nature fédérale : les banques, les télécommunications, etc.

Plusieurs entreprises « étrangères » sont donc des entreprises constituées pour l'accomplissement de fonctions au nom du gouvernement du Canada. Ces entreprises, si

elles embauchent au Canada, sont des employeurs canadiens. Si l'effectif de l'entreprise excède 100 employés, elles sont donc soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*. L'imposition aux entreprises « étrangères » des exigences de la *Loi sur l'équité en emploi* ne constitue pas en soi de la discrimination commerciale. Dans le contexte de la mondialisation, les États sont constamment préoccupés par le maintien de leur avantage comparatif ou compétitif, lequel tient compte des coûts liés au respect des conditions de travail, des lois sociales et de l'environnement. C'est une réalité économique. Toutefois, du point de vue juridique, la réalité est différente. Qu'un État souhaite être choisi par les entreprises étrangères afin qu'elles s'établissent sur son territoire ne signifie pas que ces entreprises peuvent revendiquer un droit à des coûts de production encore plus avantageux au nom d'accords de commerce ratifiés par l'État d'accueil. Les investisseurs n'ont pas un « droit » au nivellement vers le bas du droit social et du travail national. Ce ne sont donc pas les accords de commerce qui déterminent le contenu des protections offertes par le droit du travail national, non plus qu'ils ne prévoient l'obligation des États qui y adhèrent de réduire les protections du travail.

Cependant, si le seul fait pour un État d'être partie à un accord de commerce ne le dépouille pas de ses compétences en matière de droit social et du travail, l'obligation de respecter les règles du commerce impose à chaque État partie à un accord de commerce un « comportement » qui n'est pas sans conséquence sur son droit interne. Cette image du comportement signifie à vrai dire qu'il faut examiner attentivement la gestion d'une loi telle la *Loi sur l'équité en emploi* : cette gestion est-elle équitable? Transparente? Juste? Prévisible? Appliquée de manière non discriminatoire entre les types d'entreprise (sous contrôle étranger ou non)? Ces questions sont examinées dans le détail dans la deuxième partie de cette étude. Cependant, il convient de les garder à l'esprit afin de mieux comprendre l'importance des débats entourant aujourd'hui les modifications requises à la *Loi sur l'équité en emploi* et à son administration.

Le contrôle de la mise en oeuvre de l'équité en emploi au Canada : qui sont les acteurs? Quelles sont les obligations des entreprises?

La *Loi sur l'équité en matière d'emploi* peut être qualifiée de loi de deuxième génération en ce qui concerne les protections prévues pour contrer la discrimination en emploi. Les lois de première génération sont assimilées aux lois du travail qui comportent une norme objective : la durée du travail ou la détermination du salaire minimum, par exemple. Lorsqu'il s'agit de discrimination, une première génération de lois s'est destinée à contrer la discrimination selon un ensemble énuméré de motifs de discrimination interdits. Cependant, des lois telle la *Loi sur l'équité en emploi* sont beaucoup plus complexes. Elles dépendent, certes, de l'énonciation d'une norme de comportement (les entreprises doivent adopter un plan d'équité en emploi destinée à l'atteinte d'un résultat), mais aux fins de l'atteinte du résultat recherché, la Loi soumet les entreprises à une série d'obligations qui ne recevront pas de réponse unique (Quels objectifs numériques? Quelles mesures positives en emploi? Quelles mesures d'adaptation?) De plus, la validation de l'objectif recherché (le plan d'équité en emploi) est un processus soumis à de nombreuses interactions administratives (voire quasi-judiciaires, dans certains cas), lesquelles rendent imprévisibles jusqu'à un certain point du point de vue des entreprises, le coût et la démarche qui leur seront imposés. Enfin, cette Loi est soumise à très peu de contrôles de type judiciaire. Pour s'y conformer, les entreprises

doivent donc escompter de multiples interactions avec des agences administratives spécialisées

La LÉE comporte deux volets. D'une part, les entreprises doivent soumettre un rapport annuel et, d'autre part, elles sont soumises à une évaluation de la CCDP. Nous y reviendrons. Ce rapport destiné à RHDCC a pour objectif de transmettre l'information relative à l'effectif de l'entreprise et à sa composition (groupes désignés), à la présence comparative des membres des groupes désignés et des autres travailleurs et travailleuses par type d'emploi dans l'entreprise et à la rémunération. Un formulaire unique est disponible à cet effet⁹. Comme le précise l'information affichée au Web de RHDCC¹⁰, « ce classement a essentiellement pour but de rendre possible les comparaisons entre les entreprises ». Il n'a pas pour objet de vérifier la conformité à la Loi des plans d'équité en emploi. Au fil des ans, RHDCC a élaboré une série de lignes directrices visant à l'implantation des plans d'équité en emploi. Le *Guide de procédures et de référence en matière de vérification de l'équité en matière d'emploi* adopté par la CCDP y réfère d'ailleurs abondamment et les entreprises reconnaissent l'utilité de ces directives (RHDCC, 2004b). On peut consulter en ligne les rapports annuels transmis par les entreprises à RHDCC. RHDCC a aussi développé auprès des entreprises une fonction « conseil » en matière d'équité en emploi. Le Ministère peut enfin sanctionner les entreprises qui omettent de soumettre le rapport annuel¹¹. Toutefois, historiquement, il a toujours privilégié la conciliation. Lors de la révision de la Loi, Neil Gavigan, alors directeur de Normes du travail et équité en milieu de travail à RHDCC, expliquait qu'aucune entreprise n'avait été à ce jour soumise à une pénalité pour avoir fait défaut de déposer le rapport annuel (CPDRHCPH, 2001). La récente révision quinquennale de la Loi¹² a révélé le parti pris des entreprises en faveur de cette procédure de suivi annuel (DRHC, 2001). L'annexe I illustre la démarche de classification des entreprises adoptée par RHDCC. Cette illustration est importante parce qu'elle représente un modèle de gestion « objective » de la *Loi sur l'équité en emploi*, un mode de gestion tout à fait valable, mais limité aux aspects plus formels de l'équité.

Quelle est l'importance de ce classement pour les entreprises concernées? Voilà qui est très difficile à déterminer. Ce fut pendant longtemps la seule expression d'une obligation statutaire en la matière. Quel message a donc envoyé aux employeurs concernant la méthodologie essentiellement numérique soutenue par le questionnaire dont RHDCC a encore le contrôle? La réponse, encore une fois, n'est pas évidente, mais un constat s'impose. Le seul critère préjudiciable d'appréciation prévu par le questionnaire consiste dans le pointage des fluctuations négatives (perte de la présence professionnelle suffisante des membres des groupes désignés par catégorie d'emploi et perte de la présence suffisante dans les catégories d'emploi et de rémunération supérieures) de la représentation des membres issus des groupes désignés. Or, et comme le rappelait la critique à l'aube de l'adoption des modifications législatives apportées à la Loi en 1996, les chiffres ne signifient pas l'égalité! Par contre, les chiffres sont objectifs et la méthode de détermination du classement des entreprises, sans conséquence juridique par ailleurs, est connue. On peut donc prétendre qu'en vertu de cette classification, toutes les entreprises employant plus de 100 employés au Canada sont traitées de manière identique, sans jamais être remises en question quant à la façon dont elles cheminent vers l'équité en emploi. Cette méthode

cependant n'a pas produit les résultats attendus jusqu'aux amendements apportés à la Loi en 1996.

Lorsque les entreprises ont été confrontées aux exigences de la *Loi sur l'équité en emploi* de 1996, elles ont constaté que la CCDP, dorénavant en charge de l'observation de la Loi en vertu de l'article 22, avait sa propre interprétation de ce en quoi consiste un plan d'équité en emploi. À vrai dire, la CCDP s'est trouvée aux prises avec un important problème de communication et de transmission des objectifs de vérification de la Loi, lorsqu'elle a amorcé, en 1998, le cycle de vérification initiale des plans d'équité des entreprises prévu par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*¹³.

Le nouveau cadre juridique et les pouvoirs de la CCDP en matière d'équité en emploi

L'article 22 de la *Loi sur l'équité en emploi* confère à la CCDP la responsabilité du contrôle de la mise en oeuvre par les employeurs de leurs obligations prévues aux articles 5, 9 à 15 et 17 de la Loi. Dans l'exercice de cette responsabilité, le deuxième paragraphe de l'article 22 de la Loi prévoit que la CCDP est tenue, en cas de non-observation, de mettre en oeuvre, dans toute la mesure du possible, une politique de *règlement négocié en vue de l'obtention d'un engagement* de la part de l'employeur qu'il prendra toutes les mesures correctives nécessaires afin de respecter ses obligations. L'esprit de la Loi est clair. La CCDP doit épuiser tous les moyens négociés afin de faciliter l'adoption en entreprise d'un plan d'équité en emploi conforme à la Loi. En vertu de l'article 22(2) de la Loi, la CCDP n'aura recours aux ordres (et donc subséquemment au Tribunal de l'équité en emploi¹⁴) qu'en dernier recours.

Le dispositif législatif et réglementaire en matière d'équité en emploi est soutenu par un impressionnant outillage administratif. Plus particulièrement, il s'agit du document cadre de vérification de la conformité à la *Loi sur l'équité en emploi*, document qu'on peut consulter en ligne (CCDP, 2000c) et du *Guide de procédures et de référence en matière de vérification de l'équité en matière d'emploi*, lequel guide est destiné aux vérificateurs désignés par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* (CCDP, 2000a). Conséquemment, chacune des obligations imposées par la Loi aux entreprises qui lui sont soumises doit être interprétée juridiquement et administrativement à partir d'un ensemble très technique d'information qui est d'abord susceptible d'influencer le résultat de la *négociation* entre la CCDP et les employeurs aux fins de l'émission du certificat de vérification.

À vrai dire, la Loi prévoit surtout un parcours en vertu duquel, dans le respect de chacune des 12 étapes déterminées par la CCDP (et selon elle, par la Loi, mais cela est contesté par les entreprises), l'employeur adoptera un plan d'équité en emploi. Ces 12 étapes comportent soit des exigences de procédure (par exemple, la consultation des employés et employées ou du syndicat), soit des obligations substantives (par exemple, l'analyse du système d'emploi). Il faut le souligner, ces 12 étapes ne sont pas nommément énumérées dans la LEE, elles résultent de l'interprétation que la CCDP a fait de la Loi, d'où une certaine contestation. Le processus d'examen de la conformité repose sur l'intervention de l'agent de vérification ou d'application, nommé par la Commission et dont les pouvoirs et attributions sont prévus aux articles 22 et 24 de la Loi. Conformément à la Loi, cet agent doit mettre en oeuvre tout ce qui est possible afin d'obtenir des entreprises soumises à la Loi des engagements négociés,

dans l'éventualité où la démarche d'équité en emploi entreprise par l'employeur et éventuellement le plan d'équité en emploi ne seraient pas, de l'avis de l'agent, conformes aux prescriptions de la Loi et du Règlement sur l'équité en emploi¹⁵. Le tableau de l'annexe II reproduit ces 12 étapes de la vérification, mais surtout, il met en évidence les étapes pour lesquelles la CCDP et ses agents vérificateurs peuvent remettre en question la pertinence et la validité des stratégies de l'entreprise en vue de l'adoption et de l'implantation d'un plan d'équité en emploi. De plus, cette recension des 12 étapes de la vérification du plan d'équité en emploi parle d'elle-même en ce qui concerne l'introduction d'éléments qualitatifs et subjectifs d'appréciation de la validité de ce plan.

Le découpage en 12 étapes de la démarche d'implantation d'un plan d'équité en emploi adopté conformément à la *Loi sur l'équité en emploi* a constitué une véritable révolution au sein des entreprises. En effet, le suivi de la Loi initiale, assumé par RHDCC avait habitué ces dernières à d'impersonnelles manipulations de chiffres. De nombreuses communications avec les responsables de la Division de l'équité en emploi de la CCDP¹⁶ nous permettent de résumer comme suit les principaux irritants qui compliquent les rapports entre les entreprises et la Commission.

- L'exigence de la Commission de reprendre l'exercice de l'Étape –I – afin d'obtenir des données plus fiables sur la composition de la main-d'oeuvre en entreprise.
- Les discussions entourant la suppression des obstacles afin d'obtenir une politique de dotation équitable.
- Les discussions entourant l'identification des bassins géographiques et des bassins de disponibilité appropriés aux fins du recrutement, les entreprises n'ayant pas toujours identifiées les mêmes zones de recrutement que la CCDP.
- La détermination des objectifs numériques de recrutement à être atteints; le calcul des objectifs numériques ne faisant pas partie des chiffres que les entreprises devaient remettre dans le cadre des rapports annuels remis à RHDCC, elles n'étaient donc pas familières avec la méthode mise de l'avant par la CCDP.
- L'identification des pratiques positives destinées à assurer une représentation équitable des membres des groupes désignés au sein de l'entreprise.
- Les modes de transmission de l'information relative à l'implantation du plan d'équité en emploi destinée aux effectif.
- Les contradictions entre les exigences de RHDCC aux fins du dépôt du rapport annuel et celles de la CCDP aux fins du processus de vérification du plan d'équité en emploi¹⁷.

Les entreprises prétendent que la Loi ne leur impose pas clairement toutes et chacune de ces étapes de la vérification et qu'en conséquence, les vérificateurs de la CCDP retardent indûment le processus. Cette critique est particulièrement pertinente en ce qui concerne le choix des pratiques positives qui avantagent nettement les femmes en emploi. Cette

ambiguïté fondamentale en ce qui a trait aux pouvoirs de la CCDP et à son mandat en matière d'équité en emploi explique le léger crescendo au chapitre du nombre de saisies par la CCDP du Tribunal de l'équité en emploi (CCDP, 2002a).

À vrai dire, la culture d'équité promue par la *Loi sur l'équité en emploi* exige le dépassement des nombres. Toutefois, la gestion bicéphale de l'équité en emploi au Canada (RHDCC et CCDP) sème à ce titre la confusion. Car ce sont encore des nombres que transmettent à RHDCC les entreprises en vue du dépôt du rapport annuel¹⁸. Il y a donc confusion de rôles entre RHDCC et la CCDP. Le premier, en charge de la mise en oeuvre générale de la Loi, assume une fonction « conseil » auprès des entreprises, quant à la préparation des vérifications soumises à la CCDP. La seconde, assumant plutôt un rôle de contrôle, se voit néanmoins aux prises avec une fonction conseil difficilement conciliable avec son mandat primordial. Toutefois, cette fonction conseil est demandée par les entreprises qui, en cas d'avis contradictoires, préfèrent faire affaire avec l'entité en charge, du volet « coercitif » de la LEE.

Cependant, paradoxalement, les entreprises préfèrent la collaboration de RHDCC et leur obligation claire et prévisible de déposer un rapport annuel à la fonction d'agent vérificateur de la CCDP. D'une part, les entreprises estiment que l'issue du processus de vérification est hautement imprévisible (durée, conséquences, coûts). D'autre part, elles estiment aussi qu'en s'immisçant dans la gestion interne du plan d'équité en emploi, la CCDP s'immisce à vrai dire dans la gestion stratégique de l'entreprise.

La complexité du processus de vérification des entreprises selon la *Loi sur l'équité en emploi* explique sa lenteur. En consultant les rapports annuels relatifs à l'équité en emploi, et plus particulièrement le *Rapport annuel 2001*, on constate ce qui suit au chapitre de la vérification. Au total, seulement 73 entreprises (privées et publiques) ont atteint la pleine conformité alors que 354 vérifications ont été entreprises depuis 1998¹⁹; 127 entreprises sont soumises pour leur part au suivi de la vérification initiale, ce qui signifie qu'elles n'ont pas encore atteint la pleine conformité. Dans ce contexte, on peut comprendre pourquoi la CCDP a décidé de consacrer l'année 2000 à la vérification initiale d'entreprises dont l'effectif dépasse 2 000 employés. Ce faisant, elle estimait au 31 décembre 2001 que 77 p. 100 de l'effectif du secteur privé avait fait l'objet d'au moins une vérification initiale. Devant l'ampleur de la tâche, la CCDP manque évidemment de ressources.

Nous avons, au cours de l'année 2002, demandé et obtenu copie de 26 des 73 rapports de vérification complétés par la CCDP. Pour ce faire, nous avons invoqué la *Loi sur l'accès à l'information*²⁰. Une vingtaine d'entreprises ont accepté sans réserve notre demande et dans ces cas, les rapports nous furent transmis intégralement. Soulignons que de l'avis de la CCDP, un rapport rendu public est public pour toute autre partie que celle l'ayant obtenu grâce à la *Loi sur l'accès à l'information*. Dans quelques cas, les entreprises concernées ont tenu à communiquer avec nous afin de faire valoir les motifs de leur réticence. Elles invoquaient le caractère stratégique des décisions relatives au recrutement ainsi que celui de l'information relative à la structure organisationnelle. De même, elles ont systématiquement invoqué le caractère hautement compétitif du secteur au sein duquel elles oeuvrent (télécommunications et banques) et la protection des décisions d'affaires prises dans le contexte du plan d'équité en

emploi²¹. Certaines ont voulu s'assurer que nous n'agissions pas au nom d'un syndicat représentatif des travailleurs de l'entreprise. Sauf pour un cas, les rapports nous furent néanmoins communiqués dans leur intégralité. Seule la Banque de Hong Kong a maintenu ses objections²².

Cette expérience nous a permis de mieux comprendre le caractère transactionnel qui distingue les rapports entre la CCDP et certaines entreprises. Dans certains cas, et afin d'accélérer le processus de vérification, la CCDP en vient carrément à une entente « raisonnable » avec l'entreprise concernée. Cela accroît la susceptibilité des entreprises qui prétendent que les interventions de la Commission constituent une distorsion et une intrusion indue dans la gestion de leurs affaires²³. Il faut reconnaître que du point de vue de l'entreprise, il est plus simple et moins onéreux de déposer annuellement un rapport auprès de RHDCC que d'entreprendre la démarche menant à la vérification du plan d'équité en emploi auprès de la CCDP²⁴. Du point de vue des travailleurs et des travailleuses toutefois, l'expérience a révélé que c'est le rôle de « vérificateur » de la CCDP qui a fait bouger les chiffres depuis 1996²⁵.

Les résultats de la récente révision quinquennale de la *Loi sur l'équité en emploi*

Conformément aux dispositions de la *Loi sur l'équité en emploi*, le Parlement a récemment procédé à la première révision quinquennale de cette dernière. RHDCC et la CCDP ont mené à cette fin des consultations et ont subséquemment soumis des mémoires au CPDRHCPH. Un constat s'impose : la Loi reçoit l'appui général de toutes les parties²⁶. Il ne fut donc pas question pour le Comité permanent d'en remettre en question la légitimité²⁷.

La Loi est encore jeune et il convenait donc d'adopter une approche prudente dans le cours du processus de révision. Néanmoins, la tension la plus vive que l'on décèle à la lecture des mémoires est celle opposant la **conciliation** et la **judiciarisation**, à titre de stratégie de mise en oeuvre de l'équité en emploi. Ceci revient à rechercher une plus grande cohérence entre le travail technique accompli par RHDCC et le travail de contrôle dont la responsabilité incombe à la CCDP. Dans un deuxième temps, le besoin d'apporter certains éclaircissements utiles aux fins d'une plus grande transparence fut en partie soutenu par le CPDRHCPH dans ses recommandations. Enfin, le besoin d'assouplir et d'alléger les exigences de rapports imposées aux employeurs a retenu l'attention du Comité.

Selon le Comité, la Direction générale du travail de Développement des ressources humaines Canada (DRHC, aujourd'hui RHDCC) devrait être considérée la seule source de soutien technique des employeurs du secteur public et du secteur privé et RHDCC devrait travailler de concert à cette fin avec la CCDP²⁸. Malgré les prétentions de la CCDP, le Comité n'a toutefois pas donné suite à sa proposition de recommander la modification de l'article 22(2) de la Loi, qui stipule que la CCDP ne peut recourir à un ordre du Tribunal de l'équité en emploi « qu'en dernier lieu », c'est-à-dire après avoir épuisé toutes les possibilités de règlement négocié entre elle et un employeur. Les recommandations du Comité permanent consistent aussi à modifier légèrement les conditions dans lesquelles la CCDP pourrait requérir du Tribunal de l'équité en emploi un ordre lors du refus d'un employeur de donner suite à ses demandes²⁹. De même, le Comité n'a pas jugé opportun de recommander les amendements appropriés à la Loi afin que la CCDP puisse recourir au Tribunal de l'équité

en emploi dans le cas où un employeur a clairement manqué de déployer des efforts raisonnables pour mettre en oeuvre son plan d'équité en matière d'emploi³⁰.

Sans doute la série de recommandations la plus éloquente contenue dans le rapport du Comité permanent de la Chambre des communes concerne-t-elle la « transparence » du processus d'implantation du plan d'équité en emploi en entreprise. Les recommandations n^{os} 12, 15, 19, 20 et 29 du Rapport du Comité permanent expriment un tel souci. Plus particulièrement, la recommandation 12 reprend en d'autres mots la recommandation de la CCDP portant sur les mesures spéciales³¹, mais non la recommandation 13 proposant une modification à la Loi destinée à y énoncer clairement l'exigence des 12 étapes de l'implantation d'un plan d'équité en emploi.

Enfin, une importance soutenue a été accordée par le Comité permanent à la question des rapports à être produits par les entreprises et à celle des délais encourus par le processus de vérification dont la CCDP a la responsabilité³². Dans le cas des rapports, le Comité propose l'examen d'un aménagement possible : un rapport biennal plutôt qu'annuel mais, en contrepartie, l'addition à ce rapport biennal d'une dimension qualitative aux rapports des entreprises. Sans doute cette proposition tend-elle à plus de cohérence dans la mesure où le Comité propose aussi l'inclusion dans le *Règlement relatif à l'équité salariale* des exigences portant sur les mesures spéciales propres au plan d'équité en emploi. Alors que RHDCC se voit mandaté afin d'examiner la faisabilité de cet aménagement, la CCDP pour sa part devra, toujours selon les recommandations du Comité, se contenter de moins de ressources afin de gérer une Loi, qui, selon le Comité, ne mérite pas autant d'éclaircissements que ne le propose la CCDP elle-même.

Ce rapide tour d'horizon fait ressortir le besoin de clarifier d'une part la *Loi sur l'équité en emploi* et, d'autre part, les obligations des entreprises en vertu de la Loi. De même, la nécessité d'éclaircir les mandats de RHDCC et de la CCDP s'impose. La présentation schématique l'annexe IV se destine, de plus, à identifier les enjeux pour lesquels les engagements commerciaux pris par le Canada pourraient avoir une incidence positive ou négative sur les aménagements requis.

2. LE PROGRAMME DES CONTRATS FÉDÉRAUX

Le Programme de contrats fédéraux (PCF)³³ a vu le jour à la suite d'une décision exécutive du gouvernement fédéral en 1986. Alors que la *Loi sur l'équité en emploi* s'adresse aux entreprises régies par le gouvernement fédéral, le PCF concerne toutes les entreprises, soumises ou non à la compétence du gouvernement fédéral et qui reçoivent des contrats de biens et services d'une valeur de 200 000 dollars ou plus de la part de ce dernier. Ces entreprises doivent évidemment embaucher au moins 100 employés pour être soumises au PCF. Afin de pouvoir soumissionner, elles doivent attester par écrit de leur engagement envers l'équité en matière d'emploi. Le PCF est administré par le personnel de RHDCC et par un réseau d'agents sur l'équité en milieu de travail dans l'ensemble du Canada. Les entrepreneurs qui refusent de respecter leur engagement à l'égard de l'équité en matière d'emploi ou qui ne satisfont pas aux critères du PCF peuvent perdre le droit de soumissionner d'autres contrats du gouvernement fédéral³⁴.

Le PCF est une particularité de la politique canadienne des marchés publics. Un marché public est un processus par lequel le gouvernement fédéral et l'ensemble des organismes de la fonction publique fédérale font appel au secteur privé afin de conclure des contrats de fourniture de biens et de services. Afin de (1) distinguer le PCF de la *Loi sur l'équité en emploi* et (2) d'expliquer comment sont attribués les marchés publics au Canada, nous avons scindé la présente partie en deux sections : l'examen du PCF et celui de la politique canadienne des marchés publics. Dans un dernier temps, nous nous attarderons au cas des marchés réservés aux populations autochtones, qui, bien que constituant un modèle intéressant, ne s'inscrivent pas dans la tradition de l'équité en emploi.

Qu'est-ce que le PCF?

Le sort des entreprises soumises au PCF est différent de celui des entreprises soumises à la *Loi sur l'équité en emploi* (on parlera alors du programme légiféré d'équité en emploi). En vertu de ce dernier programme, les entrepreneurs doivent viser une vérification positive et définitive (assortie d'un suivi) délivrée par la CCDP. En vertu du PCF cependant, seul leur engagement envers l'équité en emploi suffit, dans un premier temps, à la délivrance du certificat³⁵ émis par RHDCC. De plus, les entreprises soumises au PCF n'ont pas l'obligation de soumettre des rapports de suivi annuel ou autres.

Au début de 2000, on estimait au Canada à 845 le nombre d'entreprises concernées par le PCF. Depuis l'entrée en vigueur en 1986 de ce programme, on estime à 40 milliards de dollars le total des contrats octroyés à ces entreprises. Elles emploient près d'un million de Canadiens et de Canadiennes (DRHC, 2002). Environ les 2/3 des entreprises concernées opèrent au Québec et en Ontario (DRHC, 2002). Le Québec est par ailleurs la seule province canadienne à avoir mis sur pied un programme provincial d'obligation contractuelle (DRHC, 2002).

Le rapport d'évaluation commandé par RHDCC en 2002 est hélas clair. Le PCF bat de l'aile³⁶, bien que personne ne conteste sa pertinence et son utilité sociale.

Il fait état du fait que les mécanismes de vérification et de suivi de la conformité au programme sont pourtant essentiels aux progrès réalisés en emploi par les membres des groupes désignés. Or, c'est précisément ce suivi qui fait cruellement défaut au programme. De l'avis des entreprises interviewées lors de l'étude d'évaluation, peu d'entre elles font l'objet d'un contact de la part de RHDCC à cette fin. Ceci est encore plus vrai depuis 1995, date du début de la décroissance administrative du programme.

La mise en oeuvre du PCF repose sur 11 critères³⁷. On s'attend à ce que les contractants respectent ces exigences afin d'être conformes aux exigences du PCF. Le processus pour lequel s'engagent les entreprises soumises au PCF est donc différent de celui auquel sont soumises les entreprises visées par la *Loi sur l'équité en emploi*. Seules les entreprises qui sont à la fois soumises à la *Loi sur l'équité en emploi* et soumissionnaires aux fins des marchés publics fédéraux doivent se plier aux exigences de la Loi. Cette différence de statut n'est pas sans conséquence pour les femmes puisque plusieurs des mesures qui assurent leur égalité réelle en emploi dépendent des stratégies qualitatives soumises au processus d'évaluation de la CCDP en vertu de la Loi. Bref, le lien entre le PCF et les femmes au travail est des plus ténus. Or tous les bénéfices que les femmes peuvent retirer du processus d'attribution des marchés publics du point de vue de leur statut de travailleuse dépendent de ce seul programme fédéral.

L'étude d'évaluation réalisée par RHDCC en 2002 révèle des données intéressantes. Ainsi, le PCF n'aurait qu'un impact marginal sur l'accroissement de la représentation des membres des groupes désignés « femmes » et « minorités visibles » alors que cet impact serait carrément négligeable dans le cas du groupe « Autochtones » et du groupe « personnes handicapées » (DRHC, 2002). De plus, seulement 5 p. 100 des entrepreneurs estimaient encore récemment que le PCF les avait découragés dans leur recherche de contrats fédéraux. Les évaluateurs eux-mêmes constatent que le PCF a connu des difficultés importantes lors de son existence, particulièrement pour la période 1995-2001, laquelle correspond précisément à la période pour laquelle les entreprises soumises à l'obligation légiférée d'équité en emploi (la Loi) se sont vus sommées de réaliser des efforts importants. Les données de l'étude révèlent au contraire que les entreprises soumises au PCF ont littéralement été désertées par RHDCC pendant la période 1996-1999³⁸. Certes, le rapport d'évaluation met en évidence certains facteurs incontrôlables qui ont pu à certains moments avoir une influence sur la faible efficacité du programme : par exemple, le mouvement accru de fusions d'entreprise ou de leur fractionnement, ce qui a entraîné des fluctuations importantes dans le nombre total d'entreprises soumises au PCF (plus de 100 employés). De même, la transformation massive du mode de travail dans certains secteurs a eu pour effet d'entraîner la décroissance du nombre total de salariés par la multiplication de statuts de travail autonomes ou contractuels. Ces facteurs cependant ne portent pas atteinte à l'utilité sociale du PCF, selon l'évaluation qui en fut faite.

En examinant les conclusions de cette étude, on constate, au-delà du peu d'importance et de soutien que le gouvernement fédéral a accordé au PCF, que deux phénomènes grèvent non seulement la qualité et la légitimité du programme, mais aussi ses attributs de transparence et d'équité, du point de vue des entreprises. D'une part, il faut considérer l'absence de suivi de l'émission du certificat d'engagement consenti par une entreprise qui souhaite soumissionner des contrats de biens et de services auprès du gouvernement fédéral. D'autre

part, même dans l'hypothèse où serait introduite une obligation (annuelle ou biennale) de faire rapport, cela n'aurait pour effet que de reproduire la tension existante entre RHDCC et la CCDP dans le cas des entreprises soumises à l'obligation légiférée d'équité en emploi et laisserait inachevé l'objectif de contrôle de la conformité au programme recherché. En outre, des différences majeures, notamment sur le plan de l'efficacité, perdurent entre la seule obligation de faire rapport et le processus de vérification que mène la CCDP auprès des entreprises soumises à la Loi.

Dans la mesure où serait introduite une obligation de faire rapport dans le cas des entreprises soumises au PCF, des différences majeures subsistent entre la méthodologie proposée par RHDCC et celle imposée par la Loi. Les exigences ne sont donc pas équivalentes. À ce chapitre, soulignons, comme l'ont fait les auteurs du rapport de vérification commandé par RHDCC (DRHC, 2000), les points suivants.

- Le PCF, contrairement à la *Loi sur l'équité en emploi*, n'exige pas de l'entreprise qu'elle tienne compte du nombre de travailleurs à temps partiel dans l'entreprise aux fins du décompte des membres des groupes désignés par catégorie d'emploi et de la détermination des objectifs numériques à atteindre.
- Le PCF n'exige pas des entreprises, contrairement à l'interprétation que fait de la Loi la CCDP, qu'elles consultent les organisations représentatives des employés dans l'établissement du plan d'équité en emploi.
- Le PCF ne comporte aucune obligation de faire rapport.

Le défaut d'équivalence entre les deux programmes, tout comme les différences majeures qui distinguent dans l'un et l'autre cas le processus de contrôle et de suivi, permettent d'affirmer que les entreprises soumises à l'une ou à l'autre des mesures sont soumises à un *traitement distinct*. Ce n'est pas le cas de toutes les entreprises puisque celles qui à la fois sont soumises à la *Loi sur l'équité en emploi* et ont contracté un engagement en vertu du programme PCF doivent atteindre les objectifs ciblés par la norme la plus contraignante, à savoir celle de la *Loi sur l'équité en emploi*.

Certes, d'autres commentaires ont été faits concernant soit l'opportunité de réduire le seuil des contrats à l'égard desquels le PCF s'applique ou encore celui de l'exigence de 100 employés aux fins de l'application du PCF. De même, certains ont évoqué le besoin d'explorer la soumission des sous-contractants de l'entrepreneur principal au programme. Diverses expériences ont cependant démontré l'impraticabilité de cette proposition (au Québec, notamment).

La recommandation 7 issue du Rapport présenté par le Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées (CPDRHCPH, 2002a) en juin 2002 est révélatrice. Le Comité recommande que la ministre du Travail examine le PCF afin de le restructurer et de faire en sorte que les obligations d'équité en emploi des entrepreneurs fédéraux *soient équivalentes* à celles des employeurs régis par l'article 4 de la

Loi³⁹ Dans sa réponse au Rapport déposé en novembre 2002, le gouvernement fédéral prend le vague engagement d'envisager une telle réforme⁴⁰.

Selon nous, une telle réforme est urgente, non seulement parce que les stratégies d'équité en emploi doivent être renforcées au Canada, mais aussi pour des raisons spécifiques qui sont issues de la nature des accords de commerce ratifiés par le Canada, dont l'AMP. Cet argument sera développé dans la partie 2 de la présente étude. Pour l'instant, il nous suffit de mettre en évidence les conséquences des traitements distincts réservés à divers groupes d'entreprises canadiennes.

Évidemment, toutes les entreprises constituant ces groupes embauchent pour les fins de la discussion au moins 100 employés. Un premier groupe est constitué des entreprises sous contrôle canadien embauchant au Canada et dont les activités sont de compétence fédérale. Ces entreprises sont soumises à la Loi (ou obligation légiférée d'équité en emploi). Un deuxième groupe est celui des entreprises sous contrôle canadien, embauchant au Canada, mais dont les activités ne sont pas de compétence fédérale. Ce deuxième groupe est exempté des obligations légiférées d'équité en emploi de la Loi et doit seulement prendre l'engagement de mettre en oeuvre cette stratégie s'il souhaite soumissionner afin d'obtenir des marchés publics fédéraux. Dans la mesure où des entreprises canadiennes issues de l'un et de l'autre groupe soumissionnent à cette fin, on constate un traitement distinct de leurs obligations aux fins de l'équité en emploi. En ce qui concerne les entreprises étrangères qui embauchent au Canada au moins 100 employés, la situation est la même. Toutefois, ces entreprises peuvent non seulement se comparer entre elles aux fins de l'argument d'un traitement distinct, mais aussi avec les entreprises canadiennes. Ont-elles des droits spécifiques issus des accords de commerce, et plus particulièrement de l'AMP? Notons que toutes ces questions seraient résolues si le gouvernement acceptait de donner suite à l'article 42(2) de la *Loi sur l'équité en emploi* prévoyant l'imposition d'exigences équivalentes à l'endroit de toutes les entreprises privées.

Cette disparité de statut des entreprises aux fins de la stratégie d'équité en emploi comporte des conséquences de deux ordres : d'une part, elle risque de « tirer vers le bas » l'équité en emploi en permettant à certaines entreprises d'invoquer le bénéfice de la norme la moins exigeante au nom de leurs droits d'entreprise énoncés dans les accords de commerce; d'autre part, elles freinent, mais pourraient freiner encore plus, l'évolution et le progrès des femmes en emploi.

Ces préoccupations sont selon nous d'autant plus importantes que le PCF constitue le seul lieu, où, indirectement, des considérations de sexe cohabitent avec la stratégie d'octroi de contrats fédéraux d'approvisionnement de biens ou de services. En effet, aucune considération de ce genre n'est imposée aux petites et moyennes entreprises, comme si le problème n'existait pas dans ce domaine.

Les marchés publics et la politique canadienne d'approvisionnement en biens et en services

Les principes

Les achats au sein de la fonction publique fédérale sont de plus en plus décentralisés et les ministères et les organismes élaborent leurs propres politiques en matière d'achats publics. Cependant, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) est l'organisme qui supervise tous les achats⁴¹. De plus, les décisions de TPSGC sont encadrées par les directives émises par le Conseil du Trésor (CT) relatives à la politique des acquisitions et à la gestion des projets. Le CT, à titre de ministère responsable, élabore les politiques d'achat. En d'autres mots, TPSGC est le contremaître des achats par voie de marchés publics alors que le CT en assure la maîtrise d'oeuvre⁴².

Selon le Guide des approvisionnements produit par TPSGC, six grands principes guident le gouvernement du Canada dans sa politique d'achat. Le principe premier et cardinal est celui de l'intégrité du gouvernement. De ce principe découlent les cinq autres : le service à la clientèle, les objectifs nationaux⁴³, la concurrence⁴⁴, l'équité et la responsabilité. Afin de mieux éclairer l'acheteur (d'un ministère ou d'un organisme) sur les principes propres aux acquisitions par le gouvernement fédéral et aux marchés publics, le gouvernement a rendu disponible le manuel du client (l'organisme devant ici être entendu comme le client) et celui du nouvel acheteur⁴⁵. De plus, l'acheteur doit respecter les clauses et conditions uniformisées d'achat (CCUA)⁴⁶.

L'encadré qui suit énonce les exceptions au principe de la concurrence.

Exceptions au principe de la concurrence	
1. Situations d'urgence	
2. Dépenses de moins de	25 000 dollars pour des biens et services
	100 000 dollars pour l'embauche d'ingénieurs ou d'architectes ou autres services nécessaires à la planification, conception, etc. d'un ouvrage
	100 000 dollars contrat de service pour l'ACDI
3. Il n'est pas d'intérêt public de faire appel à la concurrence	
4. Un seul fournisseur est en mesure de réaliser les travaux	
5. Contrat octroyé dans le cadre des ERTG (autochtone) ⁴⁷	
6. Contrat octroyé en vertu de CORCAN (services correctionnels - détenus)	

Source : <http://contractscanada.gc.ca/fr/chap1-f.htm#except>, consulté le 1^{er} juin 2004.

Sur cette toile de fond s'élabore un ensemble complexe de règles et d'engagements destinés à mettre en oeuvre trois principes distinguant la politique canadienne d'achats sur les marchés public : d'abord, le « faire faire ». Le gouvernement fédéral a en effet choisi de réduire à sa mission essentielle les tâches qu'il accomplit lui-même⁴⁸. Suivent le respect des règles de transparence et d'équité dans l'octroi de ces marchés et enfin le respect des politiques socio-économiques nationales. Le deuxième principe, comme nous le verrons plus loin, est essentiel

au respect des engagements commerciaux que le Canada a pris en vertu de AMP ou encore de l'ALÉNA (chapitre 10). Le troisième principe, à savoir la promotion des groupes vulnérables et des minorités visibles, repose pour sa part sur deux stratégies; d'abord, celle de la part réservée des marchés publics (*set aside*) que nous examinerons ci-dessous, et ensuite, la stratégie du PCF (examinée plus haut).

Tous les marchés publics octroyés par le gouvernement du Canada et par ses organismes sont soumis à l'obligation du soumissionnaire de faire la preuve de son engagement en vertu du PCF, si les conditions s'appliquent à lui : (1) le contrat est d'une valeur supérieure à 200 000 dollars et (2) le soumissionnaire est une entreprise qui embauche plus de 100 employés.

Les marchés publics et les accords de commerce

Les tableaux de l'annexe V font état des conditions dans lesquelles les règles issues de différents accords de commerce relatifs aux marchés publics doivent être respectées. Ces accords libéralisent *certaines marchés publics* au Canada selon *certaines seuils*. Dans le cas des accords autres que l'Accord sur le commerce intérieur (ACI), cela signifie que des soumissionnaires étrangers pourront se voir accorder des contrats de fourniture de biens ou de services offerts par le gouvernement fédéral. Toutefois, seuls les soumissionnaires qui sont des entreprises embauchant plus de 100 employés au Canada (lesquelles entreprises peuvent être sous contrôle étranger) doivent faire la preuve de leur certification au PCF si le contrat octroyé a une valeur d'au moins 200 000 dollars.

Un marché public dont l'octroi n'est pas soumis aux accords de commerce ci-dessus examinés est néanmoins soumis aux fins de son attribution au principe prioritaire de la concurrence.

Les appels d'offre du gouvernement fédéral sont soumis à un processus assurant la transparence et l'équité. Ce processus repose sur un certain nombre de règles qui sont uniformes en vertu de tous les accords de commerce pertinents, entre autres :

- On doit annoncer publiquement les projets de marchés. Seul un projet de marché urgent, justifié en bonne et due forme par écrit, peut être diffusé selon un délai de préavis plus court dans le cadre de l'ALÉNA ou de l'AMP.
- *On ne peut pas fractionner ou sous-estimer les demandes d'achat* afin d'éviter de dépasser les seuils. Les accords l'interdisent expressément.
- Les caractéristiques techniques doivent être établies d'après le rendement, plutôt que d'après des caractéristiques de conception détaillées, et selon les normes admises (internationales ou nationales).
- On doit publier un préavis d'adjudication de contrat (PAC⁴⁹) pour chacun des marchés assujettis aux dispositions de l'ALÉNA et de l'AMP.
- Les ministères clients doivent fournir une justification lorsqu'ils font appel à des fournisseurs uniques ou qu'ils lancent des appels d'offres limités dans le cadre d'une demande d'achat.

En général, les accords commerciaux exigent :

- que l'on fournisse des renseignements clairs et détaillés, pour que tous les soumissionnaires connaissent les exigences à respecter;
- que le projet de marché n'ait pas pour effet d'exercer une discrimination à l'endroit des soumissionnaires qui sont en mesure d'exécuter les travaux;
- que toutes les conditions soient claires et diffusées au moment de l'appel d'offres;
- qu'on applique uniformément les modalités de sélection pour chacune des offres déposées;
- qu'on fasse connaître les exigences techniques à respecter.

L'analyse des principes régissant l'octroi des marchés publics au Canada, y compris ceux qui sont soumis aux exigences découlant des accords de commerce, révèle une totale indifférence à l'analyse comparative selon le sexe. Le gouvernement s'est réfugié derrière le PCF, bien que l'importance grandissante des marchés publics au Canada puisse « tirer vers le bas » la stratégie de l'équité en emploi, vu la piètre performance de ce programme. Dans le cas des marchés soumis aux exigences découlant des accords de commerce, des considérations supplémentaires s'ajoutent à cette indifférence. Ainsi, dans la négociation des seuils et de secteurs soumis aux accords, on n'a pas jugé utile d'examiner *a priori* les conséquences éventuelles sur l'emploi des femmes de l'octroi de marchés à des entreprises qui ne sont pas établies au Canada et qui n'y embauchent pas.

Le gouvernement canadien n'a jamais envisagé réserver des contrats (qui ainsi échapperaient d'une part au processus d'appels d'offre et d'autre part, aux exigences des accords de commerce lorsqu'ils sont applicables) aux entreprises féminines ou aux entreprises privilégiant la main-d'oeuvre féminine. Cette stratégie n'a pas été envisagée d'un point de vue historique (les règles d'attribution des marchés publics au Canada ont précédé la conclusion des accords de commerce) ou contemporain (le principe d'une part réservataire des marchés publics destinée aux femmes ou aux entreprises appartenant à des femmes aurait pu être préservé lors de la ratification, par exemple, de l'AMP ou de l'ALÉNA). À cet égard, le Canada a préféré emboîter le pas aux États-Unis sans s'interroger sur le fait que dans la lutte contre la discrimination, un phénomène distingue un pays de l'autre : au Canada, les femmes ont d'abord mené la lutte pour l'égalité alors qu'aux États-Unis, ce furent les minorités racisées (Lamarche, 1990, p. 73 et suiv.). Cette distinction explique la position historique des États-Unis en matière de « set aside ». Le « set aside » est cette stratégie par laquelle un État déclare réserver une part de marchés publics aux entreprises issues des groupes minoritaires (Lamarche, 1990, p. 108 et suiv.). Au Canada, c'est une vision très restrictive de cette stratégie qui a été retenue puisque la seule application concrète de l'équivalent du « set aside » concerne les entreprises autochtones. Or rien dans les accords de commerce ne contraignait le Canada à de telles limitations d'application. Comme nous le disions en introduction, la note de ratification de l'AMP par le Canada prévoit plutôt que le Canada pourra réserver de marchés destinés aux petites entreprises détenues par des minorités.

La stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones

En 1973, le gouvernement fédéral a adopté une politique en vue d'arriver à un règlement des revendications territoriales autochtones. L'objectif du gouvernement était alors d'échanger les

revendications de droits ancestraux indéterminés contre un ensemble précis de droits et d'avantages décrits dans une entente de règlement » (AINC, 2002a). Cet « échange de droits » sera avalisé par une série d'accords, certains particuliers, d'autre signés dans le cadre des Ententes de revendications territoriales globales (ERTG). En 1995, le gouvernement canadien adopta une nouvelle politique relative au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et révisa les modes d'allocation des terres et des ressources pour les territoires soumis aux ententes. En vertu de ces ententes, le gouvernement doit s'assurer que « les entreprises faisant partie du groupe requérant ont accès aux marchés publics dans une région visée par une ERTG »⁵⁰. L'avis sur la politique sur les marchés 1996-1997 adoptée par le CT stipule par ailleurs que tous les ministères et organismes qui ont des budgets sur les marchés d'un million et plus doivent à cet effet prévoir avoir un « quota autochtone ».⁵¹ Le développement du « set aside » au Canada est donc essentiellement tributaire des ententes économiques issues des longues et parfois pénibles négociations entre le gouvernement canadien et les Autochtones. Ceci contribue à expliquer pourquoi aucun autre groupe minoritaire n'a profité de cette exception à ce jour.

Il existe deux types de marchés réservés aux Autochtones : les marchés réservés obligatoires qui concernent tous les contrats de 5 000 dollars et plus en biens ou en services et les marchés réservés facultatifs, lorsque leur valeur est inférieure à ce montant. De l'avis même du ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC, 2002b), la Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones (SAEA) est un instrument socio-économique dont le fonctionnement respecte les lignes directrices énoncées dans les politiques du gouvernement du Canada en matière d'adjudication de marchés. L'objectif des activités d'adjudication de marchés du gouvernement consiste à obtenir des biens et services ainsi que des services de construction d'une manière qui résistera à un examen du public sous les aspects de l'équité, de l'ouverture et de la transparence et qui permettra d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix au profit des Canadiens. Tout en respectant la primauté des besoins opérationnels, le gouvernement du Canada poursuit des objectifs socio-économiques par le biais des activités d'approvisionnement. Ces objectifs socio-économiques incluent le développement industriel et régional à long terme ainsi que d'autres objectifs nationaux pertinents, tels que le développement économique autochtone.

La SAEA s'applique à l'extérieur des zones territoriales revendiquées, du moment où le contrat est « principalement » destinée à une population autochtone⁵². Lorsque le bien ou le service n'est pas destiné à un territoire visé (ERTG), la décision revient à « l'équipe » en charge des achats. Dans certains cas (Patrimoine canadien, par exemple), l'équipe a décidé de favoriser le développement de nouveaux secteurs d'affaires pour les entreprises autochtones et choisit les contrats en conséquence. De plus, chaque ministère reçoit du CT un objectif à atteindre dans le cadre des « quotas ». Cet objectif varie d'une année à l'autre selon les politiques d'achat du ministère. En vertu du rapport de rendement 2000 sur la SAEA, le taux de participation des ministères à ce programme n'aurait pas franchi la barre de 34 p. 100⁵³.

En général, l'impact de la SAEA est restreint car plus de la moitié des contrats passés par le gouvernement concernent des services que n'offrent pas les entreprises autochtones⁵⁴. Au total, entre 1997 et 2000, 32 158 contrats ont été accordés pour un total de 378 271 000 dollars. Moins de 10 p. 100 des contrats étaient à l'origine de 80 p. 100 de la valeur totale

des contrats octroyés. Toutefois, les objectifs de rendement ont augmenté pour la même période (de 78 à 135 millions de dollars)⁵⁵.

Parmi les obstacles identifiés et qui peuvent expliquer le faible rendement de la SAEA, l'évaluation du programme réalisée en 2002 révèle les faiblesses suivantes : connaissance des méthodes de commercialisation auprès du gouvernement (67 p. 100, taux positif de répondants); connaissance limitée des procédures de passation de marchés (67 p. 100); sensibilisation aux débouchés liés aux approvisionnements fédéraux (65 p. 100); bureaucratie et processus décisionnel au gouvernement (81 p. 100); obtention d'investissement financier (65 p. 100); exigences en matière de sécurité associées au dépôt de soumissions et aux contrats (62 p. 100).

L'évaluation faite de la SAEA révèle encore une fois une absence totale de considération pour les entreprises autochtones dirigées par une ou des femmes ou qui embauchent des femmes. Certes, cela ne signifie pas que les bénéfices de la SAEA leur échappent totalement. Mais comment le savoir? Cette interrogation revêt des allures pathétiques si l'on considère que la SAEA est la seule politique d'achats publics « réservée » qui soit opérationnelle au Canada.

La gestion du PCF tout comme celle des marchés réservés en matière de marchés publics soulèvent selon nous des questions relatives à l'accroissement de leur efficacité. Ces politiques sont importantes lorsqu'il s'agit d'accroître la part d'emploi des groupes les plus vulnérables au Canada et qui sont victimes de discrimination, directement (le PCF) ou indirectement (les entreprises autochtones et l'emploi autochtone). Il ne faut négliger ni l'importance de telles mesures pour les femmes ni l'intérêt des femmes entrepreneures au profit des marchés réservés. C'est pourquoi la question des améliorations souhaitables en ce qui concerne ces programmes sera aussi soumise à l'analyse des exigences des accords de commerce pertinents dans la prochaine partie.

Le PCF soumis aux accords de commerce : des questions pour la politique des marchés publics

Le traitement des entreprises bénéficiant de marchés public canadiens et l'obligation contractuelle (PCF) :

- le Canada promeut actuellement une politique dualiste en matière d'équité en emploi : tantôt les entreprises soumissionnaires sont soumises à l'obligation légiférée d'équité en emploi, tantôt elles sont simplement soumises à l'engagement prévu par le PCF. Ce système dualiste constitue-t-il de la discrimination commerciale? Répond-il à toutes les obligations de transparence prévues par les accords de commerce relatifs aux marchés publics?

Les marchés exclus (réservés) de l'application des accords de commerce et la définition des entreprises issues de groupes minoritaires :

- Seules les entreprises autochtones bénéficient actuellement des marchés réservés, c'est-à-dire des marchés publics exclus de l'application des accords de commerce relatifs aux marchés publics dans les secteurs soumis à ces accords. Le Canada peut-il, dans le respect de ses engagements commerciaux, élargir la définition de «groupes minoritaires» afin de la rendre compatible avec la définition des groupes désignés prévus par la *Loi sur l'équité en emploi*, notamment, en y incluant les femmes?

Le besoin d'un PCF équivalent aux obligations prévues par la Loi sur l'équité en emploi :

- Compte tenu de ses engagements commerciaux, le Canada peut-il imposer à toutes les entreprises étrangères qui embauchent au Canada les obligations de la *Loi sur l'équité en emploi* aux fins de l'octroi des marchés publics?

3. CONCLUSION DE LA PARTIE 1

Comme nous le disions d'entrée de jeu, les faiblesses des stratégies légiférées et non légiférées d'équité en emploi au Canada portent atteinte au droit des femmes à l'égalité en emploi. Ces faiblesses peuvent être corrigées. Nous avons tenté d'identifier les correctifs requis. Cependant, compte tenu des nouvelles complexités introduites par les règles de certains accords commerciaux, le Canada peut-il donner suite à ces attentes sans porter atteinte à ses engagements internationaux? Nous avons aussi tenté de poser la question des correctifs requis sous l'angle des restrictions possibles qui pourraient émaner de certains accords de commerce. La partie suivante prend donc la question « par l'autre bout de la lorgnette » en examinant d'entrée de jeu les accords de commerce pertinents afin de répondre aux questions soulevées dans cette première partie.

PARTIE 2 : LES POLITIQUES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA ET LES EXIGENCES DÉCOULANT DES ACCORDS DE COMMERCE : POUR LE MEILLEUR OU POUR LE PIRE?

Nous avons consacré la première partie de cette étude exclusivement à l'examen du modèle canadien d'équité en emploi, comme si les politiques d'équité en emploi n'évoluaient pas, elles aussi, dans un environnement marqué par le commerce international. À dire vrai, nous nous sommes placées dans la position des décideurs canadiens qui, de la même façon, ont procédé en 2002 à l'évaluation des diverses dimensions de ces politiques sans égard pour la réalité et les exigences posées par les accords de commerce. Nous avons donc respecté le principe de réalité et tiré un certain nombre de conclusions relatives au besoin de bonifier tant la LÉE que le PCF exclusivement en fonction de la réalité canadienne. Les politiques d'équité en emploi comportent des dimensions spécifiques en ce qui concerne l'emploi des femmes, lesquelles nous avons tenté de mettre en évidence. Nous estimons donc avoir identifié, à ce point de notre démarche, ce qui accroîtrait, au bénéfice des Canadiennes, l'efficacité de ces politiques publiques.

La deuxième partie de l'étude se destine à explorer, à l'aide du diagnostic posé dans le chapitre précédent, la problématique de l'impact potentiel des accords de commerce sur « une » politique publique canadienne, soit celle relative aux mesures d'équité en emploi. Ce chapitre souhaite dépasser les affirmations habituelles qui tendent à banaliser ou au contraire à diaboliser l'impact des accords de commerce sur le droit des femmes à l'égalité en emploi. D'une part, certains prétendent que dans la mesure où les lois et les politiques sociales et du travail au Canada sont les mêmes pour toutes les entreprises, il n'y a pas lieu de s'inquiéter. Le Canada ne perdrait pas une « once de souveraineté » du fait des engagements de l'État au chapitre du commerce. À l'autre extrême, le mouvement féministe a souvent tendance à dénoncer globalement la participation du Canada à l'OMC et à l'ALÉNA en affirmant que cette institutionnalisation du commerce international entraîne pour le Canada une perte de souveraineté, et conséquemment, une perte de moyens en ce qui concerne la détermination des politiques publiques les mieux à même de promouvoir l'égalité des femmes en général, et plus spécifiquement en emploi.

Cette partie se veut uniquement une étude de cas. Elle ne souhaite pas disposer de tous les aspects qui font qu'à l'heure de la mondialisation, la *commodification* du travail des femmes s'accroît, tout comme la précarité de leurs conditions d'existence. Elle reformule plutôt cette problématique dans des termes juridiques restreints : les mesures d'équité en emploi peuvent-elles être sauvegardées, voire bonifiées, à l'heure des accords de commerce?

Nous constaterons que malgré les lieux communs et les principes propres aux accords de commerce, chaque cas est un cas d'espèce et qu'il est difficile de conclure globalement quant au sort des politiques publiques participant à la promotion du droit des femmes à l'égalité sans se pencher sur les particularités de chaque politique.

Dans le cas des mesures et des politiques d'équité en emploi, il nous est apparu que certains accords auxquels le Canada est partie devaient recevoir une attention particulière. Ainsi,

plutôt que d'aborder généralement l'effet des principes du droit économique international sur les mesures canadiennes d'équité en emploi, nous avons isolé deux des accords qui nous ont semblé plus pertinents : l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC. Dans chaque cas, des questions juridiques directement liées à la pérennité des mesures législatives et administratives d'équité en emploi au Canada sont en cause. Il en va de même des chapitres correspondant de l'ALÉNA. Nous avons donc retenu certains des accords ayant un effet potentiel direct sur les régulations domestiques pertinentes à l'achèvement de l'égalité en emploi des femmes. Ceci excluait donc des accords tel l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires de l'OMC. Cet accord concerne la capacité du gouvernement canadien de soutenir certains secteurs d'activités, et par effet, la main-d'oeuvre ou l'entrepreneuriat féminin. Il cherche à éliminer les subventions liées à l'exportation ou à l'utilisation de produits nationaux (art. 3) ainsi que les subventions *spécifiques* (art. 1.2 et 2) à l'exclusion toutefois de celles dont l'octroi et le montant sont définis par « des critères ou conditions objectifs », « clairement énoncés dans la législation » et « observés strictement » (art. 2.1 b)).

Ensuite, nous avons choisi d'isoler la question des investissements et du chapitre 11 de l'ALÉNA. La reconnaissance du fait qu'un employeur canadien peut être un investisseur au sens des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA a de quoi étonner. Pourtant, ces investisseurs ont des droits et les récents développements en matière de droit des investissements nous laissent croire qu'ils cachent des enjeux redoutables lorsqu'il s'agit de protéger la compétence et la capacité du gouvernement canadien d'adopter et de modifier des politiques publiques.

Enfin, nous avons décidé de nous attarder à la question de l'ordre public et des accords de commerce pour bien mettre en évidence qu'en ce qui concerne les mesures et les politiques canadiennes relatives à l'équité en emploi, le gouvernement du Canada ne pourrait déroger pour de tels motifs aux exigences de ces accords. Nous croyons donc être ici en présence d'un conflit « d'ordres publics » dans la mesure où incontestablement, l'égalité entre les sexes exprime une valeur et un droit qui participent de l'ordre public canadien.

Nos conclusions sont assez paradoxales. Nous avons acquis la conviction que les exigences de l'AMP, de l'AGCS et du chapitre 11 de l'ALÉNA ne remettent d'aucune façon en cause la légitimité des politiques canadiennes d'équité en emploi. Il en va autrement du contenu de ces politiques qui, afin de répondre aux exigences posées par ces accords, doit être bonifié. Le paradoxe est donc le suivant : alors que rien ne laisse croire à la volonté ferme du gouvernement du Canada de bonifier tant la LÉE que le PCF en fonction de son agenda politique « interne », la participation du Canada à l'OMC et à l'ALÉNA crée des demandes spécifiques et positives afin que ces programmes soient bonifiés et améliorés, éclaircis et rendus plus transparents. C'est donc un peu au nom des accords de commerce que la LÉE, par exemple, devrait être amendée.

Voilà la conclusion purement juridique, dirions-nous. Maintenant, il reste à savoir si le Canada préférera abandonner des politiques trop molles pour correspondre aux exigences posées par les accords de commerce ou les améliorer afin de les sauvegarder. Le gouvernement du Canada choisira-t-il plus ou moins d'interventionnisme à cet effet?

Chose certaine, son engagement aux accords de commerce lui interdit de « rester assis entre deux chaises », ce qui décrit assez bien l'état actuel des politiques d'équité en emploi au Canada.

Comment interpréter des concepts tel que celui de la transparence de « l'action publique » dans des contextes aussi sophistiqués que celui du Canada où, entre autres, le droit des Canadiennes à l'égalité ne repose pas seulement sur des garanties constitutionnelles, mais aussi sur une infinité de mécanismes administratifs et publics destinés à promouvoir ce droit? Les accords de commerce créent-ils à cet égard un effet de refroidissement ou encore, un effet paralysant? Méthodologiquement, il nous a été impossible de répondre à cette dernière question. Nous avons toutefois trouvé réponse aux questions précédentes : les accords de commerce exigent du Canada, aux fins du maintien des lois et mesures destinées à promouvoir l'équité en emploi, des amendements législatifs et le redressement des politiques publiques pertinentes. Ce constat exprime techniquement ce que le mouvement des femmes décrit intuitivement!

Cette partie est divisée en quatre sous-sections. Les trois premières examinent un accord de commerce particulier : 1) l'AMP et le chapitre 10 de l'ALÉNA; 2) l'AGCS et le chapitre 12 de l'ALÉNA; 3) le chapitre 11 de l'ALÉNA. La dernière section se penche sur la question de l'exception d'ordre public et de la sauvegarde des mesures d'équité en emploi. Dans chaque cas, nous nous sommes reposées sur les éléments du diagnostic énoncés dans le premier chapitre et nous avons conclu à une étrange coïncidence entre les constats « internes » du besoin de redressement des mesures d'équité en emploi au Canada et les exigences « externes » imposées par les accords de commerce examinés. Ce sont ces constats ainsi que d'autres, issus de l'absence d'une stratégie d'analyse comparative selon le sexe de l'impact des accords de commerce sur les politiques publiques canadiennes, que nous avons regroupés à la fin de chaque sous-section, à la rubrique « Qu'avons-nous appris? ».

4. LES ACCORDS DE COMMERCE RELATIFS AUX MARCHÉS PUBLICS ET LA SAUVEGARDE DES MESURES CANADIENNES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI

Dans la première partie de cette étude, nous avons laissé en suspens des questions relatives à la validité de mesures d'équité en emploi au Canada, et plus particulièrement du PCF, compte tenu des exigences découlant des accords de commerce relatifs aux marchés publics. La présente section démontre 1) qu'il est légitime de la part d'un État d'introduire des considérations sociales dans des contrats de marchés publics destinés à des entreprises étrangères; 2) que ces exigences doivent cependant faire partie du contrat et concerner une loi prévoyant elle-même des obligations claires destinées aux entreprises concernées; 3) qu'il est donc nécessaire de procéder à la bonification du PCF et de la LEE afin de satisfaire aux engagements commerciaux du Canada à l'égard des accords relatifs aux marchés publics; 4) que le Canada a ratifié les accords relatifs aux marchés publics sans évaluer l'impact de cette décision sur les femmes, indirectement bénéficiaires des emplois créés lors de l'octroi de ces marchés; et enfin, 5) que ces accords n'interdisent pas que soit réexaminée la question de l'entrepreneuriat féminin et de l'intérêt d'une portion réservée de marchés publics qui leur serait exclusivement destinée.

Les marchés publics de biens et de services et les considérations sociales

Chaque jour, les gouvernements achètent des biens et des services et s'approvisionnent de diverses manières auprès du secteur privé. C'est en fonction de cette réalité que se sont développées, particulièrement en Amérique du Nord et ce, en raison de la pression émanant des groupes minoritaires, des pratiques redistributives destinées à soutenir les entreprises minoritaires et le développement de l'emploi des membres issus de ces groupes à l'aide des marchés publics. Ces programmes connurent leur apogée au cours des années 1970, surtout aux États-Unis. Ils expriment des choix nationaux en matière de politiques sociales et économiques. Les marchés publics étant de grands marchés, ils ont par ailleurs été soumis à des pressions constantes visant à les libéraliser dès l'instauration du GATT.

D'une part, le gouvernement et ses entités voient dans l'ouverture des marchés l'occasion d'obtenir le « meilleur bien au meilleur prix ». D'autre part, les soumissionnaires voient dans les accords commerciaux relatifs aux marchés publics l'occasion de bénéficier de marchés soumis à des processus d'adjudication plus équitables et transparents. En effet, transparence et concurrence sont à la clé de la libéralisation des marchés publics. La première sous-section souhaite expliquer pourquoi la libéralisation des marchés publics ne signifie pas pour autant que les États renoncent à la nécessité et au bénéfice de préserver certains marchés nationaux à des fins sociales. Au contraire, la libéralisation des marchés publics progresse lentement parce que ces marchés sont au cœur de stratégies nationales, sécuritaires et sociales multiples.

Les marchés publics au sein du GATT

L'AMP est un accord plurilatéral⁵⁶. Autrement dit, les États membres de l'OMC n'ont pas l'obligation de le signer. Les pays liés par l'AMP constituent à vrai dire un « club » de pays

qui ont choisi d'accroître l'accès des entreprises étrangères à leurs marchés publics et de mener à cette fin une négociation axée sur le « donnant-donnant »⁵⁷. Le Canada fait partie de ce club, de même que son voisin, les États Unis. Les marchés publics constituent un aspect important de la vie quotidienne d'un État. Dans le cas des accords relatifs aux marchés publics, et ce, contrairement à d'autres accords de commerce, c'est ici le gouvernement (et ses entités) qui sont directement impliqués dans une transaction commerciale.

On évalue que les achats faits par les gouvernements représentent de 10 à 15 p. 100 du PNB d'un pays (Belley, 1995). Par gouvernement, il faut ici comprendre qu'il s'agit tout autant des gouvernements centraux que des entités dites sous-gouvernementales ou sous-centrales, telles les provinces, les municipalités ou les agences d'un niveau de gouvernement⁵⁸. Évidemment, la libéralisation des marchés publics constitue un enjeu très sensible pour un pays à haut potentiel d'exportation (Low et al., 1996; Jackson, 1989). C'est le cas du Canada. À notre connaissance, une étude destinée à évaluer la part des emplois ainsi indirectement créés et qui échoit aux Canadiennes n'a jamais été réalisée au Canada.

Dès les années 1970, un sous-groupe de négociation du GATT s'est entendu et l'*Accord relatif aux marchés publics*⁵⁹ (mieux connu comme le Code de Tokyo [Reich, 1998; Blank et Marceau, 1997]), signé dès avril 1979, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1981.

Le Code de Tokyo⁶⁰ ne concernait que les marchés publics de biens. Il prévoyait un recours aux Groupes spéciaux de règlement des différends (selon la procédure habituelle consacrée par le GATT), mais non, comme dans le cas des accords qui l'ont suivi, des mécanismes nationaux de contestation des procédures et des attributions d'offres. Au Canada, Le *Tribunal canadien sur le commerce extérieur* (TCCE) est l'organe chargé de disposer des plaintes des fournisseurs locaux et étrangers qui concernent la passation et l'adjudication des marchés publics. Le TCCE a compétence pour entendre les plaintes issues de l'AMP, mais aussi de l'ALÉNA⁶¹.

Les marchés publics en Amérique du Nord

L'ALÉNA contient également un chapitre sur les marchés publics. Selon Muggenberg (1993), l'ALÉNA se distingue des accords précédents parce qu'il est le premier dont la portée englobe les marchés publics de services. En effet, l'ALÉNA exige des entités concernées qu'elles soumettent les achats de services d'une valeur supérieure aux seuils déterminés aux exigences prévues par le chapitre 10 de l'Accord. À cette fin, les Parties ont privilégié la méthode de la liste négative : tous les services sont inclus sauf ceux qui sont explicitement exclus dans l'annexe à laquelle on réfère à 1001.1b-2 de l'ALÉNA.

Quantitativement, l'ALÉNA a quadruplé la valeur des marchés publics américains accessibles aux fournisseurs canadiens ou mexicains. Cependant, la valeur totale de ces marchés ne représentait, au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord, en 1994, que 10 p. 100 de la valeur totale des achats gouvernementaux (Hart et al., 1997). Encore une fois et à notre connaissance, l'impact des dispositions de l'ALÉNA relatives aux marchés publics sur l'emploi des Canadiennes n'a fait l'objet d'aucune évaluation particulière.

Il fut décidé, lors des rencontres préparatoires au cycle de l'Uruguay, d'incorporer de nouvelles négociations sur les marchés publics à l'agenda. (Stewart, 1999). Il est à noter que les négociations n'eurent pas formellement lieu à l'intérieur du cycle de l'Uruguay, mais plutôt dans le contexte du club des pays membres du Code de Tokyo (Stewart, 1999). Cette spécificité explique largement pourquoi une majorité de pays développés sont membres de l'AMP.

Accord sur les marchés publics

L'Accord sur les marchés publics (AMP) se situe de par son contenu entre le Code de Tokyo et l'ALÉNA⁶². D'abord, le champ d'application de l'AMP inclut les services et les services de construction. Cet élargissement est toutefois contrebalancé par le fait que les Membres peuvent recourir à la méthode de la liste positive aux fins de la détermination des entités concernées. Elles ne sont donc pas soumises à la confection d'une liste négative prévoyant plutôt l'exclusion de certaines entités, comme dans le cas de l'ALÉNA. Toutes les Parties, sauf les États-Unis, ont eu recours à la liste positive, ce qui réduit la quantité de services soumis aux règles de l'AMP et la portée de l'Accord. De plus, les seuils financiers des contrats soumis aux règles de l'AMP sont beaucoup plus élevés que dans le cas de l'ALÉNA⁶³. Enfin, rappelons que tant dans le cas de l'ALÉNA que dans celui de l'AMP, certains services sont exclus de l'application des accords de libéralisation des marchés publics dont, par exemple, les services de santé, les services sociaux et les services publics.

À notre connaissance, aucune étude n'a été menée, lors de la conclusion de l'ALÉNA ou de l'AMP, afin de déterminer l'effet des seuils de contrats soumis aux accords ainsi que celui des exclusions (dans le cas de l'ALÉNA) sur l'emploi féminin au Canada. Cette étude aurait pu concerner tout autant le volume d'emplois que le type d'emploi féminin mis à risque par la libéralisation du commerce de certains types de services et de biens achetés par les entités gouvernementales.

On aurait été en droit de s'attendre à ce que l'analyse des effets de la libéralisation des marchés publics sur l'emploi féminin ait préoccupé les décideurs. Cette omission étonne d'autant que les marchés publics, plus particulièrement depuis les années 1970, ont un lien avec les politiques de développement national et régional ainsi qu'avec certaines politiques sociales, dont celle de l'équité en emploi.

À quoi ont historiquement servi les marchés publics

Comme le rappellent McCrudden et Arrowsmith (1998), les marchés publics ont été longtemps perçus comme un outil efficace de promotion des politiques économiques et sociales nationales. En réservant au marché local l'attribution de marchés publics, on prétendait promouvoir divers objectifs de nature sociale ou économique : parmi ces politiques, on peut citer l'allègement des taux de chômage accidentels ou structurels dans des régions données, la promotion de l'accès en emploi des membres de groupes minoritaires, celle de l'égalité entre les sexes en emploi, et enfin, la promotion des entreprises locales et de celles appartenant à des membres de groupes minoritaires (McCrudden et al., 1998).

En apparence, il existerait un conflit entre l'objectif de libéralisation des marchés publics (ouverture à des entreprises étrangères afin de déterminer la meilleure offre au meilleur prix) et celui de la promotion du développement régional et des politiques sociales nationales et locales. Dans la doctrine, on identifie ce problème comme étant celui des « politiques secondaires » relatives aux marchés publics, c'est-à-dire des politiques dont le respect n'est pas essentiel à l'accomplissement du contrat pour lequel un appel d'offres a été lancé par une entité gouvernementale. L'expression « politiques secondaires » est probablement douteuse, car si la considération « sociale » peut s'avérer être secondaire par rapport aux exigences du contrat, elle ne l'est certes pas par rapport au bien-fondé des stratégies déterminées par l'État et qui concernent au premier chef le développement social et économique d'un pays. C'est pourquoi nous préférons utiliser l'expression « considérations sociales » à la place de « politiques secondaires ».

Il faut par ailleurs distinguer la problématique des considérations sociales de celle des exceptions prévues par un État Partie à l'Accord. Des motifs de l'ordre de la sécurité nationale, de l'ordre public ou de la promotion « philanthropique » permettent à un État de soustraire certains marchés à l'application des accords⁶⁴. Il faut aussi distinguer les « considérations sociales » du choix de certains États de se réserver le droit d'attribuer des marchés publics qui seraient par ailleurs soumis aux accords afin de les offrir à des groupes plus vulnérables au sein de la société. On parle alors, pour utiliser l'expression américaine, de *set aside*. Car, c'est en vertu d'une note jointe à la ratification de l'Accord que les États signifient leur intention de réserver de tels marchés. À cette fin, l'État exclut complètement de l'application de l'Accord de telles offres de marchés plutôt que de les soumettre à des exigences issues de considérations sociales nationales. C'est le cas de la SAEA au Canada.

Par définition, les marchés ainsi réservés (*set aside*) contreviennent à l'esprit des accords de libéralisation des marchés publics. Non seulement privent-ils les fournisseurs de parts de marchés, mais en sus, ils évoluent dans un environnement politique et économique hautement volatile qui frustrant ces fournisseurs du point de vue de leurs attentes raisonnables. De plus, ils déséquilibrent les échanges entre les partenaires de l'Accord. Le recours à cette stratégie a atteint son apogée aux États-Unis⁶⁵.

Le Canada a une attitude assez sombre par rapport au *set aside*, compte tenu des attitudes protectionnistes des États-Unis. Idéalement, il espérerait que les règles américaines du *set aside* soient levées. Dans la mesure où cela est hautement improbable, le Canada réagit d'une part en refusant d'étendre la portée de ses engagements et, d'autre part, en recourant de manière très timide au *set aside* sur son propre marché. Nous reviendrons⁶⁶ sur ce point car cette dernière attitude pourrait avoir des conséquences sur l'entrepreneuriat féminin et sur l'emploi des femmes au Canada.

Le cas des États-Unis

Pour mieux comprendre la position « commerciale » du Canada, il faut brièvement relater la complexité de la situation américaine, qui, de l'avis de plusieurs auteurs, est loin de respecter les termes et l'esprit du projet de libéralisation des marchés publics. Deux régimes de passation des marchés publics régissent les entités fédérales américaines. Le premier régime s'applique aux pays avec qui les États-Unis ont signé un accord de libre-échange

(dont le Canada, le Mexique et l'Israël), à ceux qui sont Parties à l'AMP, aux pays membres de l'Initiative du bassin des Caraïbes et aux pays en développement désignés par le président des États-Unis. Dans ces cas, le *Trade Agreement Act* prévoit la non-application du *Buy American Act*. Une exception est toutefois prévue dans le cas du *Small Business Act*. Dans le cas des autres pays, les marchés publics sont alors soumis aux prescriptions du *Buy American Act*.

Le *Small Business Act*⁶⁷ cherche à promouvoir les intérêts des petites entreprises, ceux de certains groupes défavorisés ainsi que ceux de certaines zones défavorisées aux États-Unis. Parmi ses nombreuses mesures, on peut en souligner trois qui sont importantes.

- Lors d'achats publics d'une valeur comprise entre 2 500 et 100 000 dollars et dans le cas où deux entreprises ou plus ont soumissionné, le marché est automatiquement réservé à une petite entreprise. Les petites entreprises sont celles qui embauchent, selon les secteurs, entre 500 et 1 000 employés; cette définition de la « petite entreprise » distingue nettement l'économie canadienne de celles des États-Unis.
- Les petites entreprises détenues par certains groupes désavantagés (anciens combattants, Noirs, Hispanophones, Autochtones, femmes) peuvent obtenir une aide de l'État lorsqu'elles sont récipiendaires d'un contrat de sous-traitance issu de l'attribution d'un marché public.
- Enfin, certaines zones historiquement désavantagées sur le plan du développement (les *HUBzone* ou *Historically Underutilized Business Zones*) ont également droit à certains avantages non négligeables. En effet, une entité peut conclure un contrat avec une entreprise ayant siège dans une de ces zones en recourant à la procédure de marché réservé ou désigné (sans appel d'offres) lors d'un achat d'une valeur allant jusqu'à cinq millions de dollars, dans le cas de biens industriels, et jusqu'à trois millions pour les autres types d'acquisition.

Plus récemment, on a aussi vu émerger une littérature consacrée à l'analyse de la réforme FASA (*Federal Acquisition Streamlining Act* of 1994) introduite par le gouvernement Clinton. Destinée à alléger la procédure complexe et assez nébuleuse d'attribution des marchés publics fédéraux aux États-Unis et à en accroître la rapidité et la transparence, la FASA, dans les faits, permet de contourner les règles d'attribution de marchés publics en recourant à la stratégie de la création d'agences principales qui gèrent et concluent des « sous-marchés » (Schooner et al., 2003; Schwartz, 2002), selon un tarif prévu.

La réputation « déviante » du voisin américain justifie la prudence du Canada dans l'ouverture de « ses » marchés publics, particulièrement lorsque les règles de l'ALÉNA sont concernées⁶⁸. On constate donc l'existence d'une tension historique entre la dimension sociale et la dimension commerciale des marchés publics. D'aucuns seraient d'ailleurs tentés d'assimiler cette tension à l'habituel débat entourant le caractère protectionniste de certaines politiques économiques nationales. Toutefois, la portée de ces accords relatifs aux marchés publics est encore limitée (effet combiné des exclusions, des seuils de marchés, des exceptions et du *set aside*), certainement dans le cas du Canada.

Du point de vue de l'intérêt des Canadiennes de bénéficier des aspects sociaux des marchés publics, et plus particulièrement des effets de l'équité en emploi, le constat de la portée limitée de ces accords est plus ou moins rassurant car la négociation entourant la portée de l'AMP et du chapitre 10 de l'ALÉNA au Canada n'a pas tenu compte de l'impact des marchés publics sur l'emploi et l'entrepreneuriat féminin. Afin de comprendre pourquoi il aurait été utile de procéder à une analyse comparative selon le sexe des impacts de l'ouverture des marchés publics canadiens sur cette politique sociale spécifique qu'est l'équité en emploi, il faut évidemment regarder de plus près le contenu de ces accords.

Examen des règles relatives à la libéralisation des marchés publics selon l'AMP et l'ALÉNA

La doctrine (McCrudden, 1999) présente généralement les accords prévoyant les règles relatives à l'attribution des marchés publics en fonction des objectifs recherchés par de tels accords. Malgré les nombreuses restrictions en matière de libéralisation des marchés publics que maintiennent les États, ces règles visent au premier chef la transparence et l'équité dans la sélection et l'attribution des contrats de marchés publics lorsque sont mises en compétition des entreprises nationales et des entreprises étrangères. De manière extrêmement schématique, cette sous-section a pour but de présenter ces règles en faisant au besoin les références nécessaires aux dispositions de l'AMP et du chapitre 10 de l'ALÉNA. La compréhension de ces dernières est essentielle afin de mieux saisir comment ces accords tentent de libéraliser les marchés publics en interdisant des pratiques qui produiraient des effets discriminatoires entre les deux groupes d'entreprises. Les règles dont il est question ici concernent les procédures de sélection et d'attribution des contrats de marchés publics.

Les spécifications techniques

En vertu des articles VI de l'AMP et 1007 de l'ALÉNA, une entité qui rend publique une offre doit limiter la spécificité de cette offre aux dimensions techniques du produit ou du bien recherché. En d'autres mots, l'AMP et l'ALÉNA interdisent les appels qui recèleraient des dimensions ou de l'information cachées, incompréhensibles pour les entreprises étrangères, ou encore superflues aux fins de l'exécution du contrat offert. De telles pratiques pourraient porter atteinte au principe de la concurrence entre les soumissionnaires et constituer un obstacle au commerce.

Des procédures de passation des marchés libres de discrimination

En vertu de l'article VII de l'AMP et de l'article 1008 de l'ALÉNA, les procédures de passation des marchés publics doivent être libres de discrimination (entre les fournisseurs nationaux et étrangers) ET conformes aux exigences de l'Accord. Ces exigences sont énumérées aux articles VIII à XIII de l'AMP. Elles concernent la qualification des fournisseurs, les procédures destinées à inviter la participation des soumissionnaires, les procédures de sélection, les techniques de présentation des soumissions, la mise en disponibilité de la documentation relative à l'offre et, enfin, l'adjudication de l'offre. Les spécifications relatives à la qualification des fournisseurs ainsi que celles relatives à l'adjudication des marchés sont importantes pour notre propos.

La qualification des fournisseurs

L'article VIII(b) de l'AMP⁶⁹ stipule que les qualifications aux procédures d'appel d'offres sont limitées à celles indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le contrat sollicité. Les conditions de participation imposées aux fournisseurs ne sont pas moins favorables aux fournisseurs des autres Parties qu'aux fournisseurs nationaux et ne font pas de discrimination entre les fournisseurs des autres Parties. Ce rappel des principes des accords de commerce (le traitement national et le bénéfice des avantages offerts aux nations tierces les plus favorisées) ont fait dire aux experts que ce texte est beaucoup trop étroit pour soumettre le droit de soumissionner à des conditions autres que celles nécessaires à l'exécution du contrat (l'obtention d'un certificat d'équité en emploi, par exemple). Le texte de l'article VIII de l'AMP (tout comme celui des articles 1007 à 1015 de l'ALÉNA) ne fournit aucune indication certaine quant à la possibilité pour un État d'imposer, au stade de la soumission ou de la sélection, des conditions étrangères ou secondaires à la qualité des fournisseurs aux fins de l'exécution du contrat. Cela pose au Canada la question de la légitimité de l'exigence faite au soumissionnaire qui est une entreprise opérant depuis le Canada de faire la preuve de l'obtention du certificat d'équité en emploi dont RHDCC a la responsabilité de l'émission. Un autre élément du texte de l'AMP suscite une controverse de même nature.

L'attribution d'un marché public et le principe de « pureté »

L'article XIII(4)(b) de l'AMP⁷⁰ prévoit que l'entité adjudgera le contrat au soumissionnaire qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont la soumission, qu'elle porte sur des produits ou services nationaux d'autres Parties, sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou la documentation relative à l'appel d'offre. McCrudden (1999) propose qu'une lecture honnête de cette disposition ne permet pas de conclure que le modèle préconisé repose sur un principe de pureté économique, c'est-à-dire sur le principe selon lequel seule la meilleure proposition financière doit être retenue. Au contraire, ajoute-t-il, la capacité du soumissionnaire d'exécuter le contrat, tout comme l'évaluation par l'entité de la soumission la plus avantageuse, peuvent englober des considérations de politiques publiques, en matière environnementale, par exemple (McCrudden, 1999). Selon McCrudden (1999), il n'existe dans l'AMP aucune présomption à l'effet que les exigences de nature sociale attachées aux contrats de marchés publics soient irrecevables ou invalides. Arrowsmith (2003) est beaucoup plus réservée à cet égard.

De cette très brève présentation des règles relatives à l'AMP, il faut retenir ce qui suit en fonction de notre problématique : 1) il y a lieu de croire que l'on doit distinguer les conditions imposées par une entité au moment de la soumission de celles imposées par l'entité lors de la détermination des termes du contrat de marchés publics, 2) le texte de l'AMP, tout comme celui du chapitre 10 de l'ALÉNA, n'est pas clair en ce qui concerne l'imposition de conditions « sociales » à un soumissionnaire de marchés publics, 3) chose certaine, l'AMP n'exclut pas la possibilité que dans l'octroi d'un contrat de marché public par une entité, des considérations autres que celles fondées sur le prix du contrat et la compétence technique du fournisseur puissent entrer en ligne de compte.

Le cas de l'Accord sur le commerce intérieur

Dans ce contexte, il est intéressant de comparer le texte de l'AMP à celui de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI)⁷¹. L'article 500 de l'ACI, première disposition du chapitre réservé aux marchés publics intérieurs, prévoit l'application à ces marchés de l'article 404. Selon cette disposition de l'ACI, une restriction raisonnable aux règles de la libéralisation des marchés publics est légitime si elle est fondée sur un objectif gouvernemental aussi légitime. L'article 200 de l'ACI prévoit que les programmes de promotion sociale à l'intention des groupes défavorisés (200 g) constituent de telles mesures.

L'inclusion spécifique de cette exception distingue avantageusement l'ACI de l'AMP ou de l'ALÉNA en prévoyant explicitement que des programmes de promotion sociale constituent des motifs de discrimination acceptables dans l'attribution des contrats de marchés publics au Canada, sauf si leur usage est jugé abusif ou discriminatoire.

Le texte et le contexte des engagements du Canada au chapitre de la libéralisation des marchés publics ayant été posés, il convient maintenant de revenir à l'objet de notre étude de cas : l'examen du modèle canadien de l'équité en emploi. Loin de nous l'idée de prétendre que les exigences de l'équité en emploi ont fait l'objet de quelque plainte formelle de la part des fournisseurs établis au Canada et susceptibles de bénéficier des droits qui leur sont conférés à cet égard par l'AMP ou l'ALÉNA. La raison en est d'ailleurs fort simple : l'actuel PCF n'est pas un programme menaçant ou exigeant. Toutefois, nous sommes de celles qui croient, avec d'autres, que ce programme doit être renforcé. L'AMP permet-il de telles améliorations? Si oui, l'AMP impose-t-il des conditions à la bonification du PCF? Si oui, quel serait l'impact de ces exigences imposées *de l'extérieur* sur les Canadiennes? On nous opposera que la question est théorique, mais elle ne peut qu'être théorique puisque le Canada ne se livre pas à une analyse systématique de l'impact des politiques commerciales sur les politiques nationales qui avantagent les femmes.

Nous nous concentrerons dans un premier temps sur la question de la « politique sociale » canadienne que constitue le PCF car, rappelons-le, il s'agit d'un programme imposé aux fournisseurs des entités du gouvernement. Dans un second temps, nous nous attarderons à la portée du *set aside* que le Canada a enregistré à titre d'exception lors de la ratification de l'AMP et de l'ALÉNA. Dans le premier cas, il s'agira de voir si le Canada peut, comme le suggèrent les récentes évaluations de ce programme, renforcer le PCF sans porter atteinte à ses engagements commerciaux internationaux. Dans le second cas, il s'agira de voir quelles stratégies le Canada peut envisager afin d'examiner, du point de vue des femmes, l'élargissement de la portée du *set aside*. Enfin, nous tenterons de déterminer comment les Canadiennes pourraient ne pas rater le prochain rendez-vous international où le Canada sera appelé à revoir ou à déterminer les limites de la libéralisation des marchés publics.

L'objet de cette étude est donc beaucoup plus étroit que certains enjeux abordés par la littérature et qui traitent surtout de la question de savoir si une entité peut imposer de manière extraterritoriale des exigences sociales à ses sous-traitants (par exemple, le respect des règles relatives à la santé et à la sécurité au travail dans le pays d'où origine le bien ou le service « importé » aux fins du contrat de marché public). L'étude de cas se fonde sur un constat partagé par tous : le modèle canadien d'équité en emploi est utile et nécessaire, mais

doit être renforcé, particulièrement dans le cas du PCF. Ce modèle est aussi nécessaire à la promotion de l'emploi des femmes. Dans le cas des marchés réservés (*set aside*), la question est différente : il s'agit de savoir si les engagements commerciaux du Canada en matière de marchés publics empêchent ce dernier de promouvoir l'entrepreneuriat féminin au Canada par l'attribution de contrats réservés à un groupe dont on ne niera pas qu'il soit socio-économiquement désavantagé.

Les marchés publics et les politiques canadiennes d'équité en emploi

Au regard des exigences posées par les accords de commerce relatifs aux marchés publics, il semble que le Canada ait joué de prudence : d'une part, en précisant quelles entités sont exclues de l'application des règles de l'AMP et de l'ALÉNA relatives aux marchés publics et, d'autre part, en exemptant de l'exigence de l'obtention du certificat d'équité en emploi délivré par RHDCC les entreprises qui soumissionnent et fournissent des biens et de services aux entités canadiennes à partir d'un point territorialement extérieur au Canada. Ce faisant, le Canada semble s'être rangé à la position de Arrowsmith (2003) qui plaide en faveur d'une telle stratégie.

La libéralisation des marchés publics a donc des conséquences sur le nombre d'entreprises soumises aux exigences de l'équité en emploi car elle entraîne la possibilité d'un nombre croissant de marchés publics octroyés à des fournisseurs opérant à l'étranger. Notons encore une fois l'absence d'analyse d'impact de ces décisions de libéralisation sur la portée réelle des programmes canadiens d'équité en emploi. Plus le nombre de fournisseurs des entités canadiennes à l'étranger croît, plus la portée du PCF décroît. De plus, le choix de ne pas imposer l'exigence du certificat d'équité en emploi aux entreprises soumissionnaires sises à l'étranger ne règle pas totalement la question du régime dualiste⁷² auquel sont soumises les entreprises canadiennes et les entreprises canadiennes « sous contrôle étranger ». C'est vers l'examen des conséquences et du potentiel de cette asymétrie que nous nous dirigeons.

Avant d'aborder cette question plus technique cependant, nous allons approfondir la question des politiques sociales à titre d'exigence découlant des contrats de marchés publics. Nous verrons qu'à cet égard, la lettre et l'esprit des accords de marchés publics posent des conditions qui, ironiquement, imposeraient au gouvernement canadien l'obligation de donner suite aux dernières recommandations faites par diverses institutions canadiennes qui proposent la bonification du PCF. Or cette bonification ne pourrait que bénéficier aux Canadiennes.

Les mesures d'équité en emploi et la légitimité des considérations sociales en matière de marchés publics

Les auteurs s'étant intéressés à la question de l'intégration d'exigences de politiques sociales dans les contrats de marchés publics ainsi qu'à celle de la légitimité de ces exigences dans le cadre des accords de commerce relatifs aux marchés publics concluent que la réponse n'est pas définitive. Un fait demeure : tous s'inspirent du modèle européen afin d'orienter leur réflexion. Là aussi, les directives européennes relatives aux marchés publics ne traitent pas directement de la question. Les premières directives européennes régissant les procédures de marchés publics datent du début des années 1970⁷³. Si elles vont plus loin que l'AMP dans

la libéralisation de ces marchés, elles restent néanmoins soumises aux principes inscrits dans le Traité instituant la Communauté européenne, lequel a intégré de larges pans de la politique sociale avec la signature du Traité d'Amsterdam⁷⁴.

Les clauses en faveur de la promotion professionnelle des femmes dans les contrats de marchés publics ne sont pas interdites par les règles de la Communauté et les mesures d'action positive sont même encouragées par différents articles du Traité d'Amsterdam (Tobler, 2000). Citons à titre d'exemple l'article 141(4) du nouveau Traité instituant la Communauté européenne qui, après la révision d'Amsterdam en 1997, prévoit que « pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Citons également, la deuxième Directive sur l'égalité de traitement⁷⁵ et plus particulièrement l'article 2(4) de cette Directive : « La présente Directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1^{er} »⁷⁶. Tout comme dans le cas du droit canadien, les mesures positives ou proactives d'équité en emploi sont légitimes en droit communautaire européen.

La CJE a d'abord jugé non conforme au droit européen et aux accords de commerce européens relatifs aux marchés publics les situations où des mesures législatives nationales obligeaient les contractants des entités publiques à employer de la main-d'oeuvre, du matériel, des biens ou des équipements locaux⁷⁷. Dans le cas de l'Italie, la CJE a rejeté la prétention selon laquelle ces considérations pouvaient être comprises dans le cadre des exceptions « d'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique », prévues aux articles 56 et 66 du Traité de la Communauté européenne⁷⁸.

La question s'est ensuite posée de savoir si les processus de sélection et d'attribution des marchés publics, ainsi que les critères retenus à cette fin, devaient être fondés uniquement sur les exigences explicitement prévues par les Directives (qualification du fournisseur ou capacités techniques, par exemple). Selon certains auteurs, dont Tobler (2000), les directives autoriseraient certaines marges de manoeuvre destinées aux entités. Ainsi, elles ne seraient pas exhaustives en ce qui concerne les critères qui peuvent être pris en compte pour déterminer l'offre la plus économiquement avantageuse⁷⁹.

En fait, le droit communautaire à cet égard n'est pas clair, notamment parce que la question des exigences sociales dans les contrats de marchés publics n'est pas explicitée dans les Directives ayant trait à l'attribution de ces marchés. La Cour de Justice européenne (CJE) a néanmoins exprimé une opinion favorable à l'introduction de ces « clauses sociales » dans les contrats de marchés publics, entre autres dans l'affaire *Beentjes*⁸⁰. Dans *Beentjes*, la CJE a validé des conditions contractuelles qui ne sont pas prévues par les Directives européennes sur les marchés publics. Il s'agissait alors d'une clause stipulant que le fournisseur devait embaucher au minimum 70 p. 100 de chômeurs de longue durée en recourant aux services de placement national.

McCrudden⁸¹ en conclut que les directives européennes relatives aux marchés publics ne doivent pas être considérées comme un code complet. La fonction des directives serait de poser les bases des exigences techniques et procédurales ayant trait à certains aspects de la procédure d'appel d'offre, mais ces directives laisseraient toute discrétion aux entités quant aux offres qu'elles retiendraient et aux conditions qu'elles imposeraient aux contractants. Les soumissions pourraient donc être rejetées au nom d'un manquement anticipé à la réalisation d'un objectif particulier spécifié par l'entité, y compris dans le cas d'un objectif social. Tobler (2000) conclut pour sa part à l'existence d'une « catégorie de conditions spécifiques additionnelles » possible, qui ne touche ni à la personnalité du fournisseur, ni à ses capacités techniques, mais qui peut entrer en ligne de compte dans l'attribution d'un contrat de marché public, sans pour autant favoriser ou défavoriser certaines catégories de fournisseurs.

C'est la position que va adopter la Commission européenne en 2001 lorsque, à la suite d'une Communication de la Commission (1998) intitulée « Les marchés publics dans l'Union européenne », elle publie une Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et aux possibilités d'intégration de considérations sociales dans les contrats de marchés publics (CE, 2001).

Des conditions contractuelles « à but social » peuvent donc paraître dans les contrats de marchés publics tant qu'elles n'ont pas pour effet 1) de restreindre au bénéfice des fournisseurs « nationaux » l'étape de sélection des candidats et 2) de priver de manière discriminatoire les entreprises des autres Parties de l'accès au contrat. Ainsi, des poursuites pourraient être engagées contre des contractants qui, une fois le contrat attribué et les clauses sociales énoncées, ne prendraient pas en compte cette condition « sociale » dans l'exécution du contrat. La Commission semble privilégier l'introduction des conditions contractuelles à l'étape de l'attribution du contrat sous le critère du fournisseur « économiquement le plus avantageux ».

Vu l'ambiguïté générale des textes, cette position semble raisonnable. Conséquemment, des politiques secondaires à l'accomplissement d'un contrat de marchés publics devraient n'être imposées qu'aux entreprises présentes sur le territoire de l'entité offrante et être prévues à titre de condition du contrat.

Le programme canadien d'équité en emploi et les entreprises étrangères

Très souvent, la littérature relative aux accords sur les marchés publics oppose les marchés octroyés à l'extérieur du pays à ceux octroyés et réalisés plutôt à l'intérieur de l'État dont est ressortissante l'entité publique offrante. Nous avons déjà dit que le Canada avait à cet égard adopté une attitude prudente. Les mesures d'équité en emploi (prévues par la LEE ou en vertu du PCF) ne concernent que les entreprises établies au Canada et qui embauchent au Canada, lorsque ces dernières soumissionnent des marchés publics. Certains diraient que la cause est donc entendue et que ces entreprises opérant au Canada et régies par le droit canadien doivent simplement être traitées comme des entreprises canadiennes, ce qui exclurait toute comparaison entre les entreprises canadiennes « nationales » et les autres entreprises « sous contrôle étranger ». L'aspect déroutant des accords de commerce, cependant, complique les choses. En effet, l'article III de l'AMP⁸² étend le bénéfice de

la non-discrimination en matière d'attribution de contrats publics au fournisseur établi sur le territoire de l'entité, indépendamment du degré de contrôle ou de participation étrangère dans cette entreprise.

Nous avons fait état dans la première partie de l'étude du sort des entités, des services et des seuils de marchés publics exclus de l'application de l'AMP et de l'ALÉNA⁸³. Dans le cas d'appels d'offres de cette nature, les entreprises soumissionnaires ne peuvent prétendre à aucun droit spécifique issu des accords commerciaux de marchés publics. En d'autres mots, l'équité en emploi (sous quelque forme) ne pourrait être un facteur de discrimination commerciale dans le cas de ces entreprises lorsqu'elles soumissionnent des marchés de biens ou de services offerts par des entités exclus de l'application des accords ou encore des marchés de services exclus en raison de leur nature (santé et services sociaux, par exemple) ou du montant du marché offert. Pour une large part des marchés publics, la compétence du Canada de resserrer les exigences législatives ou administratives en matière d'équité en emploi et de marchés publics est donc totalement intacte.

Concentrons-nous donc sur ces entreprises « canadiennes sous contrôle étranger », qui, bien que soumises aux lois et aux politiques canadiennes, dont celles relatives à l'équité en emploi, n'en sont pas moins détentrices de droits en vertu de l'AMP et de l'ALÉNA. Rappelons d'abord qu'environ 800 entreprises canadiennes diverses sont inscrites au registre de RHDCC, destiné à attester de l'existence du certificat d'engagement en matière d'équité en emploi. Rappelons aussi qu'environ 400 d'entre elles sont des entreprises régies par le droit fédéral parce qu'elles exercent des activités de compétence fédérale. Il aurait été fastidieux, mais possible, de déterminer exactement combien de ces entreprises sont des entreprises canadiennes « sous contrôle étranger ». Cela aurait-il été bien utile? Nous préférons retenir qu'il existe au Canada environ 800 entreprises susceptibles de soumissionner des marchés publics et que, du point de vue de la politique sociale que constitue l'équité en emploi, ces entreprises ne sont pas toutes également situées. Ce qu'elles ont en commun, c'est un statut d'employeur canadien embauchant plus de 100 employés. Cela fait tout de même d'elles des entités non négligeables, du point de vue de l'emploi féminin.

Loin de nous l'idée de prétendre que dans l'état actuel des choses, les entreprises qui ne sont pas soumises à la LÉE auraient quelque raison de se plaindre. Leurs obligations sont aussi formelles que minimales, nous l'avons démontré. Nous avons aussi démontré l'urgent besoin de redresser les obligations liées au PCF. C'est dans cet esprit de redressement que se posent certaines questions liées à l'AMP et à l'ALÉNA : peut-on imposer des obligations supplémentaires aux entreprises canadiennes « sous contrôle étranger » lorsque ces dernières soumissionnent aux fins de l'octroi de marchés publics et qu'elles ne sont pas soumises à la LÉE?

Les entreprises « sous contrôle étranger » qui ne sont pas soumises à la compétence fédérale doivent faire la preuve, aux fins de l'accès aux marchés publics canadiens, de l'obtention d'un certificat d'engagement en matière d'équité en emploi. Ce certificat est délivré par RHDCC sans autre formalité, non plus que sous condition de progrès dans la réalisation des

objectifs d'équité en emploi. On a récemment évoqué la possibilité de soumettre au moins ces entreprises à l'obligation de faire rapport de ces progrès (CPDRHCPH, 2002a). Selon ce scénario, le défaut de faire rapport entraînerait la suspension du certificat d'engagement. Dans les faits, ce certificat donne aux entreprises (sous contrôle étranger ou non) accès aux processus d'appel d'offres des marchés publics. La suspension d'un tel certificat aurait alors pour effet de priver les entreprises établies au Canada, mais qui sont sous contrôle étranger, de leur droit à un processus conforme à l'AMP. Cette procédure contreviendrait à l'esprit de l'AMP. Elle équivaut à une condition de qualification des fournisseurs aux fins de leur participation au processus d'appel d'offres et qui ne concerne pas leur capacité technique de soumissionner.

Dans l'élaboration de propositions destinées au renforcement du PCF, le CPDRHCPH n'a nullement tenu compte du fait que certaines entreprises canadiennes sont aussi des « entreprises canadiennes sous contrôle étranger » et qu'à ce titre, elles peuvent détenir des droits spécifiques, dont celui de ne pas être écartée comme soumissionnaire en vertu d'une considération sociale, selon le type de marché public dont il est question. Les exigences commerciales issues des engagements commerciaux du Canada n'ont donc pas « percolé vers le bas » non plus qu'on en a anticipé les effets lors de leur détermination.

La LÉE prévoit que les entreprises régies par la LÉE ainsi que celles soumises au PCF devraient faire l'objet d'obligations équivalentes en matière d'équité en emploi⁸⁴. La LÉE suggère, en partie, la réponse au problème posé ci-dessus. L'origine de l'article 42(2) de la LÉE n'a rien à voir avec l'AMP. Lors de son élaboration, il s'agissait de rechercher une utilisation maximale du modèle de l'obligation contractuelle imposée aux entreprises soumissionnaires. Les discussions entourant cette mesure ne font aucunement état du problème des entreprises sous contrôle étranger. À l'heure des accords de commerce, toutefois, on constate que les raisons pour lesquelles le gouvernement devrait donner suite à l'article 42(2) de la LÉE ne sont plus strictement d'ordre local. Nous sommes donc en présence d'un cas où les exigences découlant des accords de commerce avantagent indirectement les femmes qui ne pourraient que bénéficier du renforcement du PCF.

L'effet combiné de l'AMP et des exigences issues du programme canadien d'équité en emploi est simple : toutes les entreprises soumissionnaires auprès des entités fédérales doivent s'attendre à se voir imposer contractuellement le respect de la LÉE. Dans la mesure où toutes les entreprises soumissionnaires auraient des obligations équivalentes, le Canada se trouverait à valider le recours à des politiques sociales en matière de marchés publics et à avantager les Canadiennes au travail. Toutefois, la récente évaluation de la LÉE et du PCF révèle que toutes les entreprises sont réticentes à une telle solution. De plus en plus, elles décrivent l'équité en emploi comme un processus lourd, coûteux, long et imprévisible (CVC, 2002). La question des politiques sociales attachées aux contrats de marchés publics n'est donc pas simple, du point de vue politique et économique. Compte tenu de leurs droits, à quelle intensité d'obligation le gouvernement fédéral est-il prêt à soumettre les entreprises soumissionnaires qui sont canadiennes, mais sous contrôle étranger?

Si le manque de rigueur avec lequel fut géré jusqu'à ce jour le PCF est garant de l'avenir, ce programme pourrait succomber aux exigences de l'AMP ou de l'ALÉNA, non pas parce que

de telles mesures sont interdites, mais bien plutôt parce que ces accords augmentent la pression qui s'exerce sur les programmes de deuxième génération (mesures proactives) destinés à promouvoir l'égalité en emploi, et notamment l'égalité des femmes en emploi. Il va de soi que tout élargissement de la liste des entités gouvernementales soumises à ces accords ne ferait qu'exacerber le problème. Cette problématique participe aussi d'un autre phénomène soulevé dans le cadre de l'examen du chapitre 11 de l'ALÉNA relatif aux investissements. Il s'agit de l'« effet paralysant » (*chilling regulatory effect*) des accords de commerce, dont on peine toujours à faire la preuve (Appel Molot, 2002). Le gouvernement canadien a choisi d'exempter du PCF les entreprises étrangères (sises à l'étranger) qui soumissionnent des contrats publics. Il n'avait pas à considérer l'autre partie de l'équation puisque le PCF n'est pas, à ce jour, un programme contraignant et que les entreprises s'en satisfont largement. Dans l'hypothèse où la population exige toutefois le renforcement de ce programme social, la question se pose différemment parce que « l'international contraint le national » à des procédures très précises à cet égard.

Une autre dimension de la problématique doit de plus être considérée. McCrudden propose qu'afin de sauvegarder les politiques sociales dans le cadre de contrats de marchés publics, les contrats eux-mêmes doivent explicitement prévoir l'engagement des soumissionnaires à respecter certaines lois. Pour ne pas porter atteinte à la transparence des processus d'adjudication des contrats publics, l'auteur propose que les conditions contractuelles stipulées se limitent aux législations directes. Par législation directe, on entend ces législations qui imposent des obligations objectives aux employeurs : le respect du salaire minimum, la durée du travail, l'interdiction de la discrimination. Le Canada fait partie de ce groupe de pays qui peut s'enorgueillir d'avoir dépassé le stade des lois de première génération en matière d'égalité. Toutefois, les législations proactives d'équité en emploi, qui en constituent un exemple, ne sont pas des législations dites directes. Elles exigent non seulement un haut degré d'implication de la part de l'entreprise, mais aussi une intense négociation entre l'agence responsable de leur respect et l'entreprise aux fins de la vérification de l'atteinte de conformité aux objectifs recherchés par la LÉE. Si, en matière d'équité en emploi, il y a un cheminement prévu par la Loi, il n'y a pas qu'une bonne réponse. Déjà, les employeurs canadiens se plaignent des ambiguïtés et des complexités que recèle cette Loi. Les pressions ainsi mises sur ce type de législations ne sont qu'accrues par les exigences découlant des accords de commerce qui mettent au premier plan la transparence des procédures commerciales. Afin donc de sauvegarder les politiques d'équité en emploi au Canada et de respecter l'exigence de transparence qui distingue l'AMP et le chapitre 10 de l'ALÉNA, il faudra envisager d'« éclaircir » le texte de la LÉE au chapitre des obligations des entreprises afin d'explicitier les obligations directes des entreprises en matière d'équité en emploi.

Le set aside

Nous avons vu que l'AMP et l'ALÉNA contiennent des exceptions spécifiques insérées par les pays. Le Canada a prévu que ces accords ne seront pas applicables aux marchés réservés aux petites entreprises et aux entreprises détenues par des minorités⁸⁵. Nous avons aussi vu dans la première partie de cette étude que seules les entreprises autochtones bénéficient actuellement au Canada de cette politique d'exception (SAEA). Enfin, nous avons souligné que cette politique a récemment fait l'objet d'une révision. Les conclusions ont confirmé la

légitimité ainsi que l'utilité de ce programme et ont révélé que plusieurs efforts devront être consentis afin d'en accroître la visibilité et la portée. Selon le MAECI, le *set aside* n'a fait l'objet d'aucune évaluation quant à sa portée depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA. Dans ce contexte, les représentants du MAECI évoquent le manque d'intérêt des petites entreprises non autochtones à être régies par un tel programme d'exception. On ne se souvient toutefois pas si la problématique des petites et des très petites entreprises appartenant à des femmes a alors été considérée.

Dans tous les cas, le MAECI affirme que le libellé de la note du Canada n'interdirait pas de tels développements si les programmes destinés aux femmes étaient conçus avec minutie. Cette minutie est sans doute celle qui distingue la SAEA. Elle détermine avec précision ce qu'est une entreprise autochtone, comment les ministères et les agences du gouvernement fédéral peuvent choisir de réserver un marché pour ces entreprises, comment celles-ci en sont informées, comment elles peuvent soumissionner et comment le marché est adjudgé⁸⁶. Considérons de surcroît qu'il subsiste au Canada bon nombre de marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords de commerce et dont les entreprises appartenant à des femmes pourraient bénéficier. Dans le cas des États-Unis, le *Small Business Act* prend résolument partie en faveur des entreprises détenues non seulement par des groupes minoritaires racisés, mais aussi par des femmes. Cela inclut *a fortiori* les petites entreprises détenues par des femmes issues des minorités raciales. L'exception enregistrée par le Canada n'exclut pas cette hypothèse (petites entreprises et entreprises détenues par des minorités).

Qu'avons-nous appris?

La négociation des accords relatifs aux marchés publics et le Canada

Le Canada ne dispose pas d'un mécanisme de consultation inter-ministériel, inter-gouvernemental et mixte (gouvernement-entreprises-société civile) destiné à appréhender l'impact (neutre, positif ou négatif) des engagements commerciaux internationaux sur les politiques sociales canadiennes. Ainsi, RHDC n'a pas été sollicité à cette fin non plus qu'il n'a jugé utile d'agir de son propre chef. Il en va de même pour la CCDP. Le souci du gouvernement canadien semble se limiter à la prise en compte de l'impact économique de ces engagements commerciaux.

L'absence d'analyse comparative selon les sexes

Dans une logique globale d'ouverture des marchés publics, l'impact général de cette ouverture sur les volumes d'emploi au Canada est considéré. Cependant, ces considérations ne sont pas désagrégées. Ainsi, le jeu complexe des interactions entre 1) les inclusions/exclusions des entités soumises à de tels accords; 2) les seuils de soumissions des contrats publics aux accords; 3) la nature des contrats de marchés publics; 4) les relations entre les contractants et les sous-contractants; et 5) les ratios entre les entrepreneurs nationaux et ceux « sous contrôle étranger » a un impact non seulement sur le volume total d'emplois féminins au Canada, mais aussi sur la nature de ces emplois et les protections dont ils bénéficient. Qui sont les entreprises canadiennes « sous contrôle étranger » qui bénéficient de droits en vertu de l'AMP ou de l'ALÉNA? Combien d'employés embauchent-elles? Sont-ce des secteurs d'emplois féminins? Des secteurs non traditionnels? Des secteurs dans lesquels la CCDP espère implanter plus fermement les exigences de l'équité en emploi? En résumé, quels sont

les « enjeux de l'emploi féminin » dont sont responsables les employeurs soumissionnaires de marchés publics sous contrôle étranger au Canada?

L'applicabilité du set aside aux entreprises contrôlées par des femmes

Depuis la conclusion de l'ALÉNA, la question de la stratégie du *set aside* au profit des entreprises canadiennes contrôlées par des femmes n'a pas été envisagée. Seule la question générale du recours au *set aside* destiné aux petites entreprises canadiennes a été examinée jusqu'à présent, pour conclure que ces entreprises ne sont pas intéressées par de tels marchés. De même que dans le cas de la SAEA destinée aux entreprises autochtones, il n'est pas impossible, non plus qu'interdit, d'envisager l'implantation d'une telle stratégie ciblant les entreprises féminines, à condition bien sûr que ses limites et conditions d'accès soient clairement définies. Nous croyons que le gouvernement canadien devrait examiner la question dans la mesure où le volume de marchés publics attribué à des entreprises étrangères ou sous contrôle étranger est appelé à croître à moyen terme.

La bonification du PCF

Nous avons expliqué pourquoi, dans sa forme actuelle, le PCF et sa gestion ne répondent pas aux exigences de l'AMP et de l'ALÉNA en ce qui concerne les entreprises et les entités soumises aux accords relatifs aux marchés publics ou bénéficiaires de droits en vertu de ces accords. Nous avons constaté que cette considération « locale » n'a pas fait l'objet d'une attention suffisante lors de l'évaluation du PCF complétée en 2002, notamment parce que la sphère « commerciale » et la sphère « sociale » ne bénéficient pas de mécanismes de dialogue nécessaires à l'examen de la conformité des politiques sociales canadiennes aux exigences découlant des engagements commerciaux internationaux. Cette absence d'interface entraîne des conséquences négatives pour les femmes, à titre de groupe désigné par les mesures d'équité en emploi.

Les amendements à la Loi sur l'équité en emploi

Des amendements sont requis à la LÉE afin d'éclaircir les obligations des entreprises canadiennes qui lui sont soumises et de valider par une référence directe aux obligations de la LÉE les engagements des entreprises sous contrôle étranger qui embauchent au Canada et qui bénéficient de marchés publics. Pour répondre aux questions posées dans le premier tableau-synthèse de la première partie de cette étude, notons que rien dans les accords relatifs aux marchés publics ne restreint la compétence du gouvernement fédéral de procéder à de tels amendements. *A contrario*, le défaut d'apporter à la Loi les précisions nécessaires en ce qui concerne les obligations des entreprises pourrait porter atteinte à la capacité du gouvernement de contraindre les entreprises sous contrôle étranger à mettre en œuvre l'équité en emploi en recourant à des conditions supplémentaires issues directement de la Loi et intégrées au contrat. En résumé, il faudrait éviter que dans le cas des mesures canadiennes d'équité en emploi, les acteurs ne succombent au syndrome de la paralysie réglementaire en omettant de procéder à l'amélioration de la Loi ou du PCF.

Et la Zone de libre-échange des Amériques?

Rien ne laisse croire que dans le cours des propositions canadiennes relatives à la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), quelque élément n'altère l'analyse ci-dessus livrée. Dans ce dernier cas cependant, le gouvernement pourrait remédier à l'absence d'analyse

comparative selon le sexe en demandant aux ministères, institutions et agences concernés de se pencher sur l'impact possible de ces propositions sur les politiques d'équité en emploi qui avantagent les Canadiennes. Cette opération concernerait au premier chef RHDCC et la CCDP.

5. L'AGCS ET LES MESURES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA

Le fait pour un État d'être partie à un accord de libéralisation commerciale ne signifie pas *a priori* que ce dernier est dépossédé de ses compétences en matière sociale, économique ou environnementale. La déconstruction de ce mythe ne peut être accomplie que par des études de cas qui doivent aller au-delà des chiffres relatifs au volume total d'emplois créés ou perdus.

L'objet de notre étude concerne uniquement les entreprises canadiennes et les entreprises étrangères qui assurent une présence commerciale au Canada et qui sont donc soumises au droit canadien. On pourrait disposer de la question en affirmant que dans la mesure où l'application de la LÉE est la même pour toutes ces entreprises, les accords de commerce issus de l'OMC ne l'affectent d'aucune manière. Ce serait peut-être encore une fois négliger le fait que ces mêmes accords supposent de la part des États un certain comportement en ce qui a trait à l'administration des lois et des politiques nationales. Ce comportement est d'abord guidé par l'obligation de ne pas maintenir des normes et des pratiques qui engendreraient de la discrimination entre les entreprises canadiennes et les entreprises étrangères. Cette première exigence guidera notre examen de la conformité non seulement de la LÉE, mais aussi de son administration aux accords de commerce, et plus particulièrement à l'Accord général sur le commerce des services (AGCS⁸⁷). En regardant de plus près les enjeux soulevés par cette première question, on constate qu'elle doit être raffinée. Car rarement se trouve-t-on placé devant une situation où tous les secteurs, les biens ou les services produits, importés ou exportés au et en provenance du Canada sont complètement soumis aux règles de base des accords de l'OMC.

Chaque enjeu doit donc être relativisé en fonction de cette variable. Ce n'est donc pas le volume total d'emplois féminins qui est concerné par la libéralisation, par exemple, des services. En effet, la structure complexe, mais très intéressante, de l'AGCS de l'OMC confère à cet égard des marges de manoeuvre cruciales au gouvernement canadien⁸⁸.

La présente sous-section s'intéresse à l'AGCS. Pourquoi⁸⁹? Premièrement, parce que l'AGCS est un accord symbolique de l'OMC. L'AGCS est l'accord de commerce de l'OMC par lequel les règles de libéralisation des services ont été introduites en droit économique international. Or le lien entre l'emploi féminin et le secteur des services n'est plus à démontrer. C'est d'ailleurs dans ces secteurs que croît non seulement le volume d'emplois au Canada, mais aussi le volume d'emplois féminins. C'est aussi dans ce secteur que s'accroît la précarité de l'emploi féminin. Deuxièmement, l'AGCS est un accord complexe et d'une certaine façon, d'une facture remarquable. Nous verrons que les engagements spécifiques consentis par un pays, s'il sont minutieusement énoncés, peuvent permettre une réconciliation des enjeux relatifs d'une part, aux politiques et aux valeurs nationales, et d'autre part, aux impératifs de la libéralisation des échanges de services. Troisièmement, la notion de discrimination commerciale à l'encontre des entreprises à qui l'AGCS confère des droits est subtile : elle concerne les « mesures » prises par les États qui affectent le commerce des services. Enfin, l'AGCS, de par sa nature complexe, nous est apparu constituer un exemple utile en vue d'un plaidoyer favorisant l'introduction, dans la politique canadienne,

d'une analyse comparative selon le sexe des impacts d'un accord de commerce sur les politiques nationales et sur les Canadiennes.

Retenons pour l'instant que le gouvernement canadien, lors de l'élaboration de ses listes d'engagements spécifiques relatives à l'AGCS, a pris pour acquis que l'AGCS n'affecterait en rien « l'universalisme » des règles, des lois et des politiques du travail qui s'appliquent à toutes les entreprises opérant en sol canadien. Comment présumer *a priori* de cet universalisme alors que l'AGCS confère des droits aux entreprises étrangères opérant au Canada, particulièrement en ce qui a trait au caractère non préjudiciable des mesures affectant le commerce? Comment présumer que cette exigence ne comporte pas de conséquences particulières dans le cas des groupes vulnérables et des femmes? Notre étude de cas nous permet de nous livrer à un exercice touchant de telles questions. Cela ne signifie pas que les conclusions seront négatives, mais plus simplement qu'une règle de prudence doit être introduite à ce sujet. Les accords de commerce ont en effet ceci de particulier qu'ils produisent des effets imprévisibles. Ils sont, en quelque sorte, « plus grands que nature ».

Le droit social et du travail au Canada est extrêmement sophistiqué. Il est d'ailleurs entré dans une phase proactive qui bénéficie aux Canadiennes. Pour ne prendre que le cas de la LÉE, on peut se demander si les entreprises qui ne sont pas rompues à de telles pratiques et exigences n'y trouveront pas là matière à se plaindre. On le sait, l'équité en emploi et la LÉE font grincer des dents (CVC, 2002). Ce n'est pas parce que des plaintes formelles n'ont pas pris forme que la question est pour autant théorique. Car les institutions chargées de l'administration de la LÉE entendent cette grogne et en subissent quotidiennement les conséquences.

Après avoir rappelé les règles de l'AGCS et de la discrimination commerciale, nous nous penchons sur les conséquences de ces règles sur la LÉE, mais surtout, sur son administration, afin d'étayer les propositions du chapitre final de cette étude.

L'AGCS : le commerce des services et les modes de livraison de ces services

Le commerce des services et les mesures qui affectent ce commerce

L'article I de l'AGCS prévoit que cet Accord « s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services »⁹⁰. Il ne s'agit donc pas d'un accord qui s'applique aux services, mais bien plutôt aux mesures affectant les services⁹¹. Cette formulation est importante car elle a été utilisée afin d'élargir la portée de l'Accord.

En conséquence, les biens importés et qui sont également accompagnés de services de livraison ou de distribution, ou dont l'importation concerne d'abord les biens, et non les services, bénéficient des règles de l'AGCS quant aux services dont ces opérations font l'objet. Autrement dit, aucune mesure n'est, *a priori*, exclue de l'AGCS. Gardant à l'esprit la LÉE et son champ d'application, on constate que la CCDP n'est pas en mesure à ce jour d'identifier, parmi les entreprises soumises à cette Loi, combien d'entre elles sont des entreprises canadiennes ou étrangères qui fournissent, distribuent ou importent, à titre principal ou accessoire, des services. Cependant, et ce à titre d'exemple, dans le découpage que la CCDP fait des entreprises sous sa juridiction, les secteurs du transport et des télécommunications comptent pour un pourcentage important d'entre elles.

Les modes de livraison des services

L'article I.2 de l'AGCS prévoit qu'aux fins de l'Accord, le commerce des services est défini comme étant entre autres la fourniture d'un service par un fournisseur de services d'un Membre, *grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre* ou par un fournisseur de services d'un Membre, *grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre*⁹².

Les modes de fourniture c) et d) (les modes 3 et 4) supposent la présence du fournisseur sur le territoire du pays important le service. Le mode 3, plus spécialement, suppose au moins un investissement commercial et au plus, un statut d'employeur. En effet, l'AGCS considère qu'un fournisseur de services s'entend de « toute personne qui fournit un service »⁹³. Cet article est accompagné d'une note qui stipule que : « Dans les cas où le service n'est pas fourni directement par une personne morale, mais grâce à d'autres formes de présence commerciale, telles qu'une succursale ou un bureau de représentation, le fournisseur de services (c'est-à-dire la personne morale) n'en bénéficiera pas moins, grâce à une telle présence, du traitement prévu pour les fournisseurs de services en vertu de l'Accord. »⁹⁴

Sinclair (2000) soutient que l'AGCS est construit de façon à atteindre la « neutralité modale », c'est-à-dire qu'il vise à contraindre les Parties à offrir un traitement non discriminatoire aux fournisseurs, quel que soit le mode de livraison utilisé. Ainsi, le fournisseur du mode 3 qui embauche au Canada est considéré comme un employeur canadien. Il faut toutefois prendre garde que son statut d'employeur canadien n'occulte le fait que cet *employeur-fournisseur* étranger se voit octroyer des droits en vertu de l'AGCS.

Qui sont les fournisseurs?

L'AGCS entend protéger les fournisseurs des autres Membres. Ce fournisseur peut être une personne physique ou morale, y compris une personne morale contrôlée par une personne physique ou morale du Membre⁹⁵. La détention ou le niveau de contrôle sont définis à l'article XXVIII (n) de l'AGCS.

Dans la mesure où il est détenu, contrôlé ou affilié de manière significative par des entités ressortissantes d'un autre Membre, un fournisseur de services installé sur le territoire d'un pays Membre doit donc être considéré comme étant un fournisseur d'un autre Membre. Ainsi, l'AGCS devient, dans une certaine mesure, un accord sur l'investissement beaucoup plus important que certains ne l'imaginaient à l'origine. Lang (2000) fait d'ailleurs remarquer que les négociations sur les services impliquent dorénavant deux points essentiels, à savoir la régulation domestique et les investissements. Pour l'instant, nous nous concentrerons sur le sort de la régulation domestique alors que la sous-section suivante est consacrée au statut de l'investisseur.

Le fonctionnement de l'AGCS⁹⁶

À la date de la signature de l'Acte final du Cycle de l'Uruguay (le 15 avril 1994), 95 listes d'engagements spécifiques concernant les services et 61 listes de dérogations au principe de la Nation la plus favorisée (NPF) avaient été présentées et acceptées en ce qui concerne l'AGCS. Ce n'est qu'en se référant à la liste d'engagements d'un pays et à sa liste d'exemptions du traitement NPF que l'on peut voir à quels secteurs de services et selon

quelles conditions les principes fondamentaux de l'AGCS – accès aux marchés, traitement national et traitement de la nation la plus favorisée – s'appliquent dans ce pays⁹⁷. Ces listes sont constituées de complexes compromis économiques qui illustrent le caractère « pas à pas » de la libéralisation internationale du commerce des services. Le Canada a récemment déposé une Offre conditionnelle initiale sur les services, laquelle s'inscrit dans le deuxième cycle de négociation de la libéralisation du commerce des services⁹⁸. On doit faire la différence entre l'effet général sur l'emploi des Canadiennes et l'effet particulier sur la réglementation intérieure générale des engagements pris par le Canada en vertu de l'AGCS. Les fournisseurs de services « couverts » par la Liste canadienne détiennent des droits issus de l'AGCS qui sont susceptibles d'influencer la réglementation canadienne à laquelle ils sont soumis. Pour mieux comprendre, il faut distinguer les obligations et les disciplines générales prévues par l'AGCS des engagements spécifiques.

Les obligations et les disciplines générales sont les obligations qui régissent les mesures prises envers *tous les secteurs libéralisés* de services. Les règles les plus importantes concernent le traitement de la nation la plus favorisée (art. II), la transparence (art. III) et la réglementation intérieure (art. VI). Les articles III et VI retiendront notre attention. En plus des obligations générales, chaque État partie à l'AGCS doit déposer une liste d'engagements qui concerne les secteurs et les sous-secteurs qu'il entend totalement ou partiellement libéraliser. Cette liste est construite en fonction de quatre paramètres principaux, lesquels encadrent et déterminent l'ampleur de la libéralisation.

- **Les modes de fourniture** – les engagements et les limitations de la Liste sont déterminés dans tous les cas en fonction des modes de fourniture prévus par l'article 1.2 de l'AGCS. Chaque secteur libéralisé n'a pas à l'être à l'égard de tous les modes de fourniture prévus à l'article I de l'AGCS.
- **Les engagements horizontaux** – les engagements horizontaux sont les limitations applicables à tous les secteurs de la Liste, ceux-ci visent souvent un mode de fourniture particulier, notamment la présence commerciale et la présence de personnes physiques. Ces limitations concernent surtout l'accès aux marchés et le bénéfice du traitement national. Il faut donc tenir compte des indications relatives aux engagements horizontaux pour évaluer les engagements sectoriels. Par exemple, dans sa récente Offre conditionnelle, le Canada prévoit certaines conditions d'acquisition par un Non-Canadien d'une entreprise canadienne dans le cas de la présence commerciale anticipée de ce Non-Canadien. On remarquera que ce Non-Canadien doit alors être approuvé selon les règles prévues par le droit canadien, lesquelles prennent en compte l'effet de l'investissement, notamment sur l'emploi⁹⁹. Cette règle vaudrait pour tous les secteurs libéralisés par le Canada et constitue une limitation dans l'accès aux marchés. Certaines autres limitations horizontales concernent le traitement fiscal préférentiel ou la limitation de la participation à des entreprises cédées à des Non-Canadiens. Ce sont des limitations au bénéfice du traitement national.
- **Les engagements sectoriels** – les secteurs sont déterminés en fonction de la classification du GATT et numérotés en fonction du système de Classification centrale des produits des Nations Unies. Des limitations à l'accès au marché peuvent être prévues selon les termes de l'article XVI.2 de l'AGCS. Des limitations peuvent aussi être prévues au chapitre du

bénéfice du traitement national. Enfin, un Membre peut prendre des engagements additionnels positifs qu'il doit rendre publics¹⁰⁰.

- **La liste des exemptions de l'article II** : le traitement NPF est une obligation générale qui s'applique à toutes les mesures affectant le commerce des services et les engagements spécifiques doivent le respecter. Dans les cas où des engagements sont souscrits, l'effet d'une exemption du traitement NPF ne peut donc être que de permettre d'accorder au pays auquel l'exemption s'applique un traitement plus favorable que celui qui est accordé à tous les autres Membres. Par contre, dans les cas où il n'y a pas d'engagements, une exemption du traitement NPF peut aussi permettre d'accorder un traitement moins favorable. Par exemple, l'Offre récemment déposée par le Canada prévoit que dans le cas de coproduction de films, un traitement différentiel est accordé aux oeuvres dont les coproducteurs sont des ressortissants d'États avec qui le Canada a conclu des ententes de coproduction. Cette exemption « positive » est fondée sur des raisons de promotion de la politique culturelle¹⁰¹.

L'obligation de transparence ainsi que celle concernant la réglementation intérieure dominent les engagements horizontaux et les engagements sectoriels à l'égard des secteurs libéralisés. Ainsi, toute et chacune des entreprises bénéficiaires d'un statut de fournisseur de services libéralisés par la Liste canadienne est en droit de s'attendre à ce que le droit interne soit à son égard accessible et clair. De plus, il devra être appliqué de manière raisonnable, objective et impartiale. Nous avons semé quelques doutes quant à l'administration de la LÉE dans la première partie de cette étude. Nous y reviendrons à la fin de la présente sous-section. Pour l'instant, il nous faudra disposer d'une autre question qui mérite quelques éclaircissements : il s'agit de celle de l'application universelle du droit interne aux entreprises étrangères soumises à la loi canadienne.

La règle du jeu : l'interdiction de la discrimination commerciale et le bénéfice du traitement national

L'évolution du commerce international, du point de vue de ses règles, repose sur la quête constante d'un accès aux autres marchés dans les mêmes conditions que celles qui sont offertes et imposées aux entreprises nationales. Un État qui enfreint cette règle est auteur de discrimination commerciale. L'article XVII :1 de l'AGCS prévoit que « [selon la Liste] chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne les mesures affectant la fourniture de services, un *traitement non moins favorable* que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires [nos italiques] ».

La règle du traitement national exige en général des États parties à un accord de commerce qu'ils accordent aux produits, aux services ou aux investissements étrangers concernés par l'accord de libéralisation un traitement non moins favorable que celui accordé aux produits, aux services ou aux investissements nationaux qui sont *similaires*¹⁰² ou auxquels est directement substituable un produit étranger. Ainsi, un État ne peut mettre en oeuvre une loi, un règlement ou tout autre mesure qui produirait des effets différents ou qui imposerait des exigences différentes à l'endroit d'un produit, d'un service ou d'un investissement venu de l'étranger ou produit par une entreprise étrangère établie dans l'État d'accueil. La règle du traitement similaire résulte d'un exercice comparatif entre les entreprises étrangères et les

entreprises nationales et entre les produits nationaux et les produits venant de l'étranger. Dans la mesure où 1) les règles sont les mêmes pour toutes les entreprises, 2) les produits et les services sont similaires; et 3) l'application des règles n'est pas arbitraire ou discriminatoire envers les entreprises étrangères, la règle du traitement national sera respectée. Toutefois, tant l'énonciation de la règle que son administration doivent être prévisibles, transparentes et non arbitraires.

De plus, en vertu de la règle du traitement national, non seulement la règle énoncée et connue doit-elle être la même pour tous, mais en sus, elle doit produire les mêmes effets. La règle du traitement national doit assurer l'égalité effective des compétiteurs, c'est-à-dire défendre le rapport compétitif entre tous. Elle sert également à « créer les conditions de prévisibilité nécessaire pour planifier les échanges futurs ». La Partie qui se plaint de la violation de la règle du traitement national n'a pas à démontrer l'intention protectionniste de l'État d'accueil. Elle doit alléguer que la règle est discriminatoire et prouver qu'elle lui impose un désavantage qui lui est exclusif lorsqu'elle se compare à une entreprise nationale (permis spécial, coûts de licences d'exploitation exclusifs, etc.). L'État d'accueil ne peut donc se contenter d'offrir un traitement qui serait en apparence et selon les termes de la loi ou de la politique (discrimination *de jure*) non discriminatoire mais qui, dans les faits, produirait des effets discriminatoires (discrimination *de facto*)¹⁰³.

L'aspect fondamental de la discrimination concerne la *concurrence* entre les différents biens, services ou fournisseurs¹⁰⁴. Lorsqu'il s'agit du commerce de services, l'État a l'obligation de s'assurer que le rapport compétitif entre les fournisseurs est préservé.

De ce qui précède, nous pouvons conclure ce qui suit :

- le fait d'imposer le respect de la LÉE à une entreprise sous contrôle étranger ne constitue pas une atteinte à la règle du traitement national au sens de l'AGCS;
- le fait que tous les fournisseurs étrangers de services libéralisés ne soient pas soumis à la LÉE (parce qu'ils ne sont pas soumis à la compétence fédérale ou parce qu'ils emploient moins de 100 employés) ne prive pas le fournisseur étranger qui y est soumis du bénéfice du traitement national;
- l'imposition de la LÉE aux entreprises étrangères qui y sont soumises et qui fournissent des services « libéralisés » ainsi qu'aux entreprises canadiennes, ne porte pas atteinte au principe de la concurrence.

Ces conclusions reposent toutefois sur une prémisse un peu chancelante : la transparence et la prévisibilité de la norme juridique que constitue la LÉE. Comme ces constats ne sont pas à toute épreuve, il convient de se demander si certaines entreprises étrangères qui sont des employeurs au Canada ne pourraient pas revendiquer le bénéfice des obligations de transparence (art. III) et d'objectivité de la réglementation intérieure (art. IV) qui sont faites aux États parties à l'AGCS.

Une autre disposition de l'AGCS touche aussi très accidentellement la question de savoir si le législateur canadien peut influencer le sexe, la race ou la composition globale de la main-

d'oeuvre d'un fournisseur étranger qui est un employeur au Canada. Il s'agit de l'article XVI.2(d) de l'AGCS qui interdit aux Membres, à l'égard des secteurs pour lesquels des engagements spécifiques relatifs à l'accès au marché ont été pris, d'adopter des mesures limitant le nombre de personnes physiques susceptibles d'être employées dans un secteur particulier.

Le développement qui suit souhaite mettre en lumière, encore une fois, la nécessité de rendre totalement conforme la LÉE à l'AGCS. Elle illustre le même paradoxe que dans le cas de l'examen de l'AMP : parce que le Canada n'est pas à l'abri des exigences posées par les accords de commerce, il doit faire en sorte d'ajuster sa législation domestique. Alors que la société civile a souvent prétendu que ce mouvement d'ajustement ne pouvait que « tirer vers le bas » les protections sociales au Canada, voilà que l'on découvre qu'au cas par cas, les obligations de transparence imposées en général par les accords de commerce peuvent produire l'effet contraire.

Les obligations de transparence et d'objectivité prévues par l'AGCS

Selon l'article III de l'AGCS, chaque Membre doit publier et rendre disponible une version à jour de l'ensemble des lois, règlements et directives « visant ou affectant le commerce des services » en les communiquant au Conseil du commerce des services (CCS). De même, il doit rendre disponible dès que possible toute information de cette nature dans le cas où la demande lui viendrait d'un autre Membre. De plus, l'article VI de l'AGCS impose aux Membres une administration objective et impartiale des mesures générales touchant le commerce. Ces dernières mesures toutefois concernent d'abord l'accessibilité et l'impartialité de mécanismes judiciaires et administratifs destinés à faciliter la circulation des services et l'adjudication des litiges.

Nous avons vu dans la première partie de cette étude que suite à l'entrée en vigueur de l'AGCS, certains Membres avaient ressenti le besoin de préciser que les mesures d'égalité entre les sexes au travail ou celles d'équité en emploi n'étaient pas touchées par les obligations que créait l'AGCS (Nouvelle-Zélande, 1997). La préoccupation alors exprimée concernait la sauvegarde de mesures sociales et nationales « légitimes », sans pour autant que ne soit précisé comment celles-ci pouvaient être remises en question. Dans bien des cas, on a eu tendance à assimiler des législations du type de la LÉE à d'autres législations du travail plus objectives : la durée du travail, le salaire minimum, les règles de santé et de sécurité au travail. On a vu que la LÉE est cependant beaucoup plus complexe, ce qui ne signifie pas qu'elle soit plus onéreuse pour les entreprises que des législations « directes », telle celles concernant la santé et la sécurité au travail. La LÉE, qui relève d'un modèle législatif mieux connu au sein des pays du Commonwealth, soumet en effet le plan d'équité en emploi à l'approbation d'une instance administrative sans prévoir pour les entreprises la possibilité de contester le refus de cette instance d'approuver le plan. Ce n'est donc pas tant l'obligation faite aux entreprises d'adopter un plan d'équité en emploi que la manière dont il est prévu que ce plan soit approuvé et la méthodologie menant à l'approbation du plan qui posent problème au chapitre de la transparence de la mesure législative.

Comme nous l'avons souligné dans la première partie de cette étude, la LÉE souffre d'un déficit de précisions. Ce déficit se manifeste des manières suivantes :

- la Loi ne définit pas les étapes de la vérification auxquelles doit être soumis un éventuel plan d'équité en emploi,
- la Loi ne définit pas les « mesures spéciales » destinées aux membres des groupes désignés que doit comporter le plan,
- la Loi ne définit pas les objectifs du suivi d'un plan vérifié que la CCDP doit effectuer,
- la Loi ne définit pas la nature des mesures qui seront considérées comme des mesures spéciales ou qualitatives utiles à la promotion des membres des groupes désignés dans l'entreprise non plus que RHDCC ne dispose d'outils d'analyse destinés à évaluer de telles mesures dans l'éventualité où elles existeraient en entreprise.

De plus, le mécanisme d'adoption et de vérification du plan d'équité en emploi fait l'objet de critiques « administratives » soutenues de la part des entreprises, notamment lenteur, imprévisibilité et consignes contradictoires entre RHDCC et la CCDP (CPDRHCPH, 2002a)

Nous avons brièvement fait état, dans la première partie de l'étude, de notre expérience lorsqu'il s'est agi pour nous d'obtenir les rapports vérifiés des entreprises ayant déposé des plans d'équité conformes à la LEE¹⁰⁵. Au moment de la demande, 26 entreprises avaient complété cette étape¹⁰⁶. 20 entreprises ont communiqué sans autre formalité ce rapport; 6 d'entre elles ont tenu à nous parler. Dans chaque cas, elles ont exprimé des réticences à la communication du rapport fondées sur le caractère hautement compétitif de l'information qu'il contient. Cette information concerne non pas tant les chiffres relatifs à la représentation des membres des groupes désignés par catégorie d'emplois que la divulgation de la structure organisationnelle de l'entreprise. Dans tous les cas, on a soutenu que la LEE a des répercussions sur l'organisation de l'entreprise dans un climat hautement compétitif. L'humeur est au secret. Doit-on pour autant prétendre que la LEE affecte le commerce des services au sens où le prévoit l'article III de l'AGCS? Les entreprises sont plutôt portées à affirmer qu'elle affecte le commerce... tout court. Notons que cette prétention ne peut qu'être celle des entreprises étrangères, fournisseurs des services libéralisés prévus par la Liste canadienne.

La sociologie de la norme juridique nous impose d'analyser le climat dans lequel le droit évolue. Car au-delà de la lettre de la loi, un contexte politique ou économique peut porter atteinte à la norme, voire en déformer l'objet. Voilà ce avec quoi nous jonglons dans le cas de la LEE. Selon la CCDP, la résistance à l'implantation de plans d'équité en emploi va grandissante au sein des entreprises, tout comme la grogne de ces dernières.

Les limitations relatives à l'embauche et les engagements spécifiques

Nous avons reproduit à l'annexe III un encadré faisant état du rapport de vérification d'équité en emploi « censuré » que la Banque de Hong Kong a finalement accepté de rendre public après une négociation menée avec la CCDP, selon les termes de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ce rapport, ou du moins les parties qui le composent, est désormais public et peut être obtenu auprès de la CCDP. Dans l'encart, nous faisons état d'une difficulté apparente, à la lecture même du rapport censuré. Cette entreprise refuse de divulguer la

détermination des zones géographiques à partir desquelles elle a établi ses objectifs numériques de recrutement en ce qui concerne les femmes. En assumant les risques de notre analyse, car ce n'est qu'une hypothèse ou une déduction logique, nous croyons que cette entreprise refuse de recruter en nombre suffisant des femmes à des postes supérieurs, surtout si ces postes ne sont pas comblés par des Canadiens et des Canadiennes.

Cela pose un intéressant et imprévisible problème en vertu de l'AGCS. L'article XVI :2(d) de l'AGCS interdit aux Membres, à l'égard des secteurs pour lesquels des engagements spécifiques relatifs à l'accès au marché ont été pris, d'adopter des mesures limitant le nombre de personnes physiques susceptibles d'être employées dans un secteur particulier. *A contrario*, le Membre peut-il imposer le recrutement sexué ou racisé de ces personnes, voire imposer en vertu d'une loi nationale un pourcentage racisé ou sexué des personnes susceptibles d'être employées? Ou encore, imposer au fournisseur l'obligation de recruter au Canada des membres issus des groupes désignés? Pour ce faire, ne devrait-il pas prévoir des limitations à ses engagements horizontaux en vertu de l'AGCS?

Qu'avons-nous appris?

La négociation de l'AGCS et le Canada

Le souci du gouvernement canadien semble se limiter à la prise en compte de l'impact économique de ses engagements commerciaux. Cet impact économique peut inclure des considérations liées aux variations du volume d'emplois en général ou de l'emploi féminin en particulier. Dans le cas de l'AGCS, nous n'avons trouvé aucune étude spécifique.

A fortiori, les groupes de femmes ne sont pas de la partie. Dans le cas spécifique de la LÉE, une telle consultation aurait permis d'intégrer à l'évaluation quinquennale de la Loi de 2002, s'il y eut lieu, les préoccupations ci-dessus énoncées. De même, des représentations auraient pu inciter les négociateurs canadiens à élucider la question de la légitimité des mesures proactives d'équité en emploi sinon dans le texte de l'Accord, du moins la Liste de ses engagements. Cette Liste ne peut être réouverte qu'au prix de sanctions possibles. Selon l'Article XXI de l'AGCS, un Membre doit garder un niveau général d'engagements équivalent à celui qui prévalait avant la modification. Cependant, il n'est pas évident que la modification souhaitable (à savoir la précision au chapitre des engagements horizontaux du fait que le Canada interprète l'AGCS comme lui permettant d'imposer intégralement la LÉE aux fournisseurs du mode 3 embauchant suffisamment d'employés au Canada) soit une réelle modification, tout au plus, parle-t-on ici d'une note interprétative ou d'une note générale qui pourrait trouver sa place au chapitre des engagements horizontaux spécifiques.

La mise en oeuvre de l'AGCS et le récent dépôt de l'Offre conditionnelle du Canada

Comme nous l'avons dit, le Canada a déposé une nouvelle Offre conditionnelle initiale de libéralisation des services le 31 mars 2003. Bien que le texte de l'AGCS soit dorénavant définitif, semble-t-il, les mêmes remarques s'appliquent que dans le cas du dépôt de l'Offre d'origine. Constatons au surplus que les groupes de femmes du Canada n'ont encore une fois pas réagi à ce processus non plus qu'elles n'ont demandé à être formellement consultées. Leurs préoccupations sont plus vastes que la seule question de la sauvegarde ou de la bonification de la LÉE. Leur silence n'en est que plus éloquent.

L'absence d'analyse différenciée selon le sexe

À ce stade de l'analyse, nous retenons une seule question à cet égard : de qui relève la responsabilité d'une telle initiative, à savoir l'examen de l'impact différencié selon le sexe des politiques commerciales sur les politiques sociales nationales? Il est difficilement acceptable d'imposer uniquement au MAECI cette responsabilité. Comment présumer que l'expertise relative à la LEE et à ses difficultés soit celle du MAECI? Ne faut-il donc pas considérer que les variables « sexe et commerce » doivent être intégrées à chaque stratégie d'analyse différenciée, en fonction des ministères et des agences responsables de la mise en oeuvre d'une loi, d'une politique et d'une stratégie nationale? Dans le cas de la LEE, des pistes s'imposent : RHDCC et la CCDP devraient avoir l'obligation de se pencher sur ces questions alors que le MAECI devrait avoir celle de les informer des développements pertinents. Cela pose la question des partenaires naturels du MAECI. Au fil d'une rencontre¹⁰⁷, des représentants du MAECI ont évoqué cette question des partenaires naturels, pour ne pas dire historiques : Industrie Canada, Agriculture Canada et Santé Canada ont été nommés bien qu'on ait aussi souligné que le cercle tendait à s'élargir. Ne devrait-il pas plutôt se systématiser? Chaque politique peut être influencée par la conclusion et la mise en oeuvre d'un accord de commerce qui impose au Canada des ajustements internes à la réglementation nationale. Chaque entité responsable doit par ailleurs mener à terme l'analyse comparative ou différenciée selon les sexes de ses politiques. Ne devrait-elle pas aussi intégrer à cet exercice la considération des variables « sexe et commerce »?

L'AGCS et la LEE

Nous croyons avoir démontré que l'AGCS exerce une pression positive, du moins du point de vue des membres des groupes désignés, sur la LEE. Les recommandations du CPDRHCPH (2002a) laissent pourtant croire qu'il en ira autrement. La variable « commerce » n'a aucunement été considérée lors des travaux du Comité non plus qu'elle n'a été évoquée par les associations et les personnes qui ont comparu devant le Comité.

Les recommandations du Comité ont plutôt tendance à renvoyer les partenaires à la collaboration volontaire avec RHDCC. Ce modèle très canadien¹⁰⁸ a non seulement été remis en cause par la CCDP, mais doit aussi l'être en vue d'éviter un dérapage qui serait induit par les accords de commerce, et plus particulièrement par l'AGCS. Dans le cas du *statu quo*, il faudra conclure que le gouvernement canadien, faute d'une stratégie globale destinée à analyser systématiquement l'impact des accords de commerce sur les législations sociales nationales, préfère mettre à risque une législation telle la LEE.

Cette situation illustre un acte d'omission de la part du gouvernement qui a plutôt tendance à être réactif en matière de commerce international lorsqu'il s'agit des politiques sociales. On ne peut pas sérieusement envisager un autre Membre remettant en cause devant un Panel d'arbitrage de l'OMC l'application de la LEE à ses ressortissants. D'autres enjeux sont bien plus importants. Cependant, nos travaux nous permettent de constater que le défaut d'élever la LEE au niveau des exigences de transparence de l'AGCS, notamment, entraîne des dérives et des difficultés administratives grandissantes. La CCDP rencontre de plus en plus de résistance. Si le mouvement de libéralisation se poursuit, elle sera aussi de plus en plus appelée à transiger avec des entreprises dont la culture est étrangère aux exigences de l'équité en emploi. Ce problème sociologique risque de ralentir sensiblement les progrès des

membres des groupes désignés, dont les femmes, dans les entreprises canadiennes ou opérant au Canada bien que sous contrôle étranger.

L'AGCS, la LÉE et l'emploi des femmes

Il va de soi que toute amélioration à la LÉE participera à la promotion du droit des femmes à l'égalité en emploi. Fallait-il que cette pression émane entre autres des exigences posées par l'AGCS? Certes, non. D'un autre côté, le rapport récemment déposé par le CPDRHCPH permet à sa lecture de déceler un certain désintéressement à l'endroit des femmes, à titre de groupe désigné. Certes, elles ont atteint un pourcentage de représentativité acceptable dans certaines catégories d'emploi, même supérieures. En revanche, cela pourrait n'être qu'un leurre. L'emploi des femmes, en se précarisant, entraîne une confusion entre le fait de leur présence en emploi et celui de la qualité des emplois qu'elles occupent. De même, la méthodologie d'identification des membres des groupes désignés prévue par la LÉE ne permet pas de bien saisir la réalité des femmes victimes de double, voire de triple discrimination (sexe/race/handicap). Des recommandations ont été faites afin de remédier à cette lacune par le Comité permanent (CPDRHCPH, 2002a). Enfin, les demandes de la CCDP concernant les amendements à la LÉE, afin d'y préciser quelles sont les mesures spéciales que doit contenir un plan d'équité en emploi, sont destinées à enrichir la corbeille de mesures qualitatives dont les femmes peuvent et ont le droit de bénéficier en emploi (réconciliation travail/famille, flexibilité des horaires, etc.). Bref, les femmes ont encore et toujours besoin de la LÉE et sa consolidation ne pourra que leur être bénéfique. Si les changements démographiques qui transforment la composition de la population canadienne peuvent avantager la promotion de l'emploi des membres des groupes minoritaires, la partie n'est pas pour autant gagnée en ce qui concerne les femmes issues des groupes racisés.

Toutes ces considérations peuvent être énoncées indépendamment de l'analyse de l'incidence des accords de commerce, et notamment de l'AGCS, sur la LÉE, mais jusqu'à un certain point. Nous croyons avoir démontré que les législations proactives d'équité en emploi comportent des particularités qui sont mises au défi par les exigences de transparence énoncées dans les accords de commerce et énoncées dans diverses politiques nationales. Ces législations « indirectes » doivent être plus précises que cela n'a été le cas jusqu'à ce jour. La CCDP évoque elle-même le besoin d'élucider certains aspects de la LÉE¹⁰⁹. Les objectifs recherchés, de même que la méthodologie prévue afin de promouvoir l'égalité en emploi, doivent être clairement compris par les entreprises étrangères qui embauchent au Canada. Si toutes les entreprises doivent accepter le fait que le plan d'équité en emploi n'est pas un projet qui peut être indéfiniment différé, seules les entreprises étrangères sont mises en position de prétendre que le « clair-obscur » qui entoure leurs obligations pourrait porter atteinte à leurs intérêts commerciaux.

6. LES DROITS DE L'INVESTISSEUR, LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA ET L'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA

Le mouvement d'institutionnalisation et d'internationalisation des échanges commerciaux, et plus particulièrement la multiplication des accords de commerce relatifs aux investissements, bouscule les schèmes du monde du travail. Ainsi, il faut ajouter aux éléments traditionnels du rapport de force qui détermine les liens entre l'entreprise et les employés un nouvel élément : l'entrepreneur est dorénavant un investisseur. Ce statut d'investisseur ainsi que les droits que leur confèrent certains accords de commerce, dont le chapitre 11 de l'ALÉNA, font l'objet d'appréhensions importantes au Canada, tant en ce qui concerne le gouvernement fédéral que le milieu des affaires, les syndicats et les groupes communautaires. Nous avons déjà évoqué l'idée que les accords de commerce étaient plus « grands que nature », c'est-à-dire qu'ils produisent dans certains cas des effets aussi difficiles à appréhender qu'à gérer. Le chapitre 11 de l'ALÉNA relatif aux investissements a en effet débordé l'intention initiale des États parties dans ses effets au point où le Canada, le Mexique et les États-Unis, réunis au sein de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA, ont jugé utile d'adopter en juillet 2001 une Note d'interprétation destinée à interpréter à certains égards la portée du chapitre 11¹¹⁰.

Les dispositions de l'ALÉNA relatives à l'investissement confèrent aux investisseurs non seulement des droits, mais aussi le privilège de poursuivre directement, à titre de partie civile, le gouvernement d'accueil d'un investissement et ce, au risque de remettre en cause certaines lois, réglementations et politiques locales et nationales qu'ils jugent susceptibles de porter atteinte à leurs droits. C'est d'ailleurs l'effet de ce privilège que tentent d'évaluer les experts : que cela signifie-t-il lorsqu'un investisseur étranger demande à un panel d'experts qui n'est pas un tribunal judiciaire de disposer de questions relatives à la validité de la réglementation nationale?

Si personne n'a répondu à cette question, plusieurs ont toutefois procédé à des analyses fort raffinées des décisions rendues par les panels d'arbitrage constitués en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA¹¹¹. Nous n'entendons pas reprendre cette analyse sinon pour nous concentrer sur la question empirique qui fait l'objet de cette étude de cas : qu'en est-il de la sauvegarde de la politique canadienne d'équité en emploi en vertu des règles du chapitre 11 de l'ALÉNA? Voici en effet un sujet pour lequel l'intersection employeur/investisseur n'a pas encore été explorée.

En vue d'examiner cette question (et non d'y répondre), nous abordons dans l'ordre les aspects suivants du chapitre 11 de l'ALÉNA : 1) qu'est-ce qu'un investissement? 2) Quels sont les droits des investisseurs? Enfin, 3) comment ces droits peuvent-ils ébranler la légitimité des lois, des réglementations et des politiques nationales dans différents domaines historiquement qualifiés de sociaux au Canada : l'environnement, la santé et les droits de la personne, par exemple.

Il est présumé, pour les fins de cette exploration, que les Canadiennes font partie des groupes bénéficiant des mesures d'équité en emploi et que, si elles n'étaient pas les seules victimes d'un ébranlement de la mesure, elles seraient néanmoins gravement préjudiciées.

par la possibilité qu'un investisseur puisse remettre en cause les programmes et le modèle canadien d'équité en emploi.

L'investisseur et l'investissement

En vertu de l'article 1139 du chapitre 11 de l'ALÉNA, *l'investisseur* (celui qui peut donc prétendre à la protection de son investissement dans un État d'accueil) est celui qui possède un titre de participation dans une entreprise, qui est une entreprise ou qui est une succursale d'une entreprise¹¹². *L'investissement* est constitué d'un titre de participation, d'un titre de créance, d'un prêt consenti à une entreprise affiliée, d'un avoir d'actionnaire, de biens immobiliers ou d'autres intérêts. L'article 1139 énumère une dizaine de situations d'investissements si larges qu'à toutes fins pratiques, toutes les entités imaginables peuvent être considérées comme des « investisseurs » aux fins de l'Accord (Adair, 1999).

Comme le font remarquer Mann et Moltke (1999) dans le cas des fournisseurs de services, la loi de mise en oeuvre des États-Unis concernant les articles 1202 (traitement national) et 1203 (nation la plus favorisée) explique bien la signification, dans l'ALÉNA, des règles de non-discrimination (Dally, 1994; Mann et Moltke, 1999). Celles-ci : « interdisent l'imposition de lois et de réglementations visant à modifier les termes de compétition en faveur des firmes locales; elles n'empêchent pas les mesures légitimes apportant une distinction entre ces firmes et les fournisseurs de services étrangers » [*traduction*] (États-Unis, 1993). Mann et Moltke font remarquer avec justesse qu'on pourrait remplacer les termes « fournisseurs de services étrangers » par « investisseurs étrangers » et parvenir à des résultats identiques. Cette analogie entre le chapitre 12 sur les services et le chapitre 11 sur l'investissement est possible à cause des termes communs aux deux chapitres.

Selon article 1101(4) de l'ALÉNA, les engagements pris par un État en vertu du chapitre 11 n'empêchent pas ce dernier d'assurer des services ou d'exercer des fonctions, par exemple, en matière de services correctionnels, de sécurité ou de garantie du revenu, de sécurité ou d'assurance sociale, de bien-être social, d'éducation publique, de formation publique, de services de santé et de services d'aide à l'enfance *si ces services sont assurés en conformité avec les dispositions du chapitre 11*.

De plus, les États peuvent exempter certains secteurs des obligations relatives au traitement national, à l'interdiction d'imposer des obligations de résultats ou encore à celle de limiter la présence physique des représentants de l'investisseur sur le territoire d'accueil, en autant que les mesures aient été signalées en Annexe lors de la ratification. Le Canada a enregistré de telles réserves concernant l'octroi du bénéfice du traitement national dans le secteur des services sociaux. Les investissements publics de nature « sociale » sont donc exemptés, au Canada, du respect de la règle du traitement national en vertu des règles relatives à la libéralisation des investissements. Pressentant l'immensité des droits qui étaient consentis aux investisseurs par le biais du chapitre 11 de l'ALÉNA, les Parties ont aussi convenu de prévoir explicitement que ce chapitre n'a pas pour objet d'empêcher les États d'appliquer sur leur territoire des mesures nécessaires à la sauvegarde de l'environnement¹¹³. De même, et ce à titre préventif, les Membres ont prévu pouvoir recourir à la consultation si l'un d'eux est d'opinion que les mesures relatives à l'investissement sont utilisées par un autre Membre

au détriment de mesures nationales concernant la protection de l'environnement, de la santé ou de la sécurité (Ganguly, 1999).

Les négociateurs et les rédacteurs du chapitre 11 de l'ALÉNA n'ont donc pas été insensibles aux risques qu'aurait représentés un Accord ne prévoyant pas les situations conflictuelles possibles entre les droits des investisseurs et les questions environnementales et de santé publique. C'est ici toutefois que s'arrêtent les préoccupations exprimées. Car en ce qui concerne la sauvegarde des droits sociaux et les risques de conflits entre ces droits et ceux des investisseurs, le chapitre 11 est muet. On ne peut s'empêcher de souligner ce silence malgré l'existence tant d'un Accord parallèle à l'ALÉNA concernant l'environnement que d'un autre Accord parallèle concernant la coopération relative au travail¹¹⁴. Il est vrai que si l'investissement peut directement porter atteinte à l'environnement et à la santé publique en déclenchant une course vers les normes les plus basses, les atteintes aux droits sociaux et aux droits fondamentaux de la personne, tel le droit à l'égalité, sont plutôt de nature indirecte. Elles transitent par un rapport de force potentiellement affaibli entre les parties au contrat de travail. De plus, il est d'usage de dire que les investisseurs sont de toute façon assujettis au droit du travail national dans la mesure où cette soumission ne comporte pas d'effets discriminatoires ou déraisonnables. Cependant, on l'a déjà dit, cette vision trop vite simplifiée des rapports entre les règles sociales locales, leur application universelle et les investisseurs a tendance à négliger la nature complexe de certaines législations sociales, dont celles relatives à l'équité en emploi.

La question est donc entière quant à nous : les législations proactives du type de la LÉE sont-elles à l'abri des revendications des investisseurs issues de leurs droits en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, voire de certains autres accords sur les investissements auxquels le Canada est partie?

Les droits des investisseurs

L'expression « droits des investisseurs » renvoie aux dispositions des articles 1102 à 1110 de l'ALÉNA. Il s'agit du droit de ne pas être victime de discrimination commerciale, de celui de bénéficier de la norme minimale de traitement, de celui de ne pas se voir imposer des prescriptions de résultats et enfin, de ne pas être victime d'une mesure *équivalente* à une expropriation. Certains de ces droits sont encore fort ambigus et suscitent au Canada des débats au sujet, entre autres, de la question de savoir si le gouvernement canadien et les entités sous-centrales (provinces et municipalités) peuvent encore réglementer librement.

L'interdiction de la discrimination

Les articles 1102, 1103 et 1104 de l'ALÉNA prévoient que les investisseurs et leurs investissements sont protégés sur le territoire d'accueil des effets de mesures adoptées par les Parties dans des circonstances analogues¹¹⁵, mais susceptibles de nier leur droit de bénéficier du traitement national et du traitement NPF.

Il a été établi qu'une différence de traitement peut résulter d'une distinction apparente (dans le texte d'une loi, par exemple) entre les investisseurs locaux et étrangers ou d'une distinction par effet discriminatoire¹¹⁶. D'autres motifs peuvent aussi justifier un traitement différent. VanDuzer (2002) propose à titre d'exemple le cas des techniques environnementales

auxquelles seraient mieux rompues les investisseurs/producteurs locaux que les investisseurs étrangers, ce qui ne conférerait pas pour autant aux investisseurs étrangers le droit de prétendre au déni du bénéfice du traitement national.

Les prescriptions de résultats

Selon l'article 1106 de l'ALÉNA, les Parties ne peuvent imposer des prescriptions de résultats en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement (par exemple, imposer un pourcentage de contenu national dans les biens, les actifs ou les créances d'un investisseur). Toutefois dans certains cas¹¹⁷, il est possible pour une Partie de maintenir des mesures, notamment lorsqu'il est question de préserver l'environnement, la santé des humains et des végétaux ou les ressources naturelles. Bien évidemment, ces mesures ne peuvent constituer des restrictions déguisées à l'investissement.

La norme minimale de traitement

L'article 1105 de l'ALÉNA fait l'objet d'intenses débats. La question est la suivante : les garanties relatives au traitement juste et équitable ainsi qu'à la protection et à la sécurité intégrales des investissements sont-elles différentes de celles prévues par le droit international en vertu de l'ALÉNA?

Been et Beauvais (2003) font une analyse exhaustive de l'état du droit international pour conclure à l'incertitude sur le sujet (Lavie, 1985). En effet, autant il est possible de prétendre que les garanties relatives au traitement juste et intégral dérivent d'une intention de contrôler les expropriations frauduleuses, non respectueuses des principes de justice naturelle ou fondées sur des motifs politiques inacceptables, autant il est aussi possible de prétendre que le droit des investissements a dépassé ce standard en prévoyant le droit à la sécurité des investissements. Quelles seraient les limites de ce « nouveau » droit des investisseurs en ce qui concerne les réglementations locales? Devant le partage des opinions exprimées par les arbitres, il est impossible de savoir, par exemple, si « le droit à la sécurité de l'investissement » permettrait à un investisseur de prétendre que toute modification législative ou réglementaire altère le climat initial dans lequel l'investissement a été consenti. Quel comportement du décideur local met à risque l'investissement étranger? La question est encore ouverte.

Selon la Note d'interprétation adoptée par la Commission du libre-échange¹¹⁸, les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers. De plus, la constatation du fait qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALÉNA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105 (1). Au-delà des débats entourant la portée juridique d'une telle Note interprétative, on sent bien la volonté des États parties à l'ALÉNA d'éviter un débordement du droit international coutumier qui confirmerait non seulement le droit des investisseurs d'être traités équitablement sur le territoire d'accueil, mais aussi celui de remettre en cause une norme nationale qu'ils considéreraient inéquitable pour des raisons qui leur seraient propres.

La régulation des expropriations

Les débats doctrinaux sur la question des expropriations et des nationalisations vont comme suit : une nationalisation ou une expropriation doit-elle nécessairement impliquer une *prise de possession* des actifs du propriétaire de l'investissement? Comme le rappelle Romero Jimenez (2001), il existe en droit international deux types d'expropriation : les expropriations directes, où il y a une prise de possession par le gouvernement à des fins publiques, et les expropriations indirectes qui résultent de mesures équivalentes à une expropriation. Une expropriation directe suppose un transfert de titre de propriété en question vers l'État d'accueil. Une expropriation indirecte, en revanche, est plus difficile à identifier parce qu'il n'y a pas de transfert comme tel de la propriété de l'investisseur à l'État d'accueil. Il s'agit plutôt du résultat d'une interférence avec la propriété qui est équivalente à une captation de la propriété de l'investisseur (Jiménez, 2001).

L'article 1110 (1) relatif aux expropriations et aux indemnisations prévoit qu'aucune *Partie ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement*¹¹⁹. Cette définition (et notamment les expressions « directement ou indirectement » et « mesure équivalant ») signifie concrètement que ce n'est pas parce qu'une mesure d'une Partie ne permet pas un transfert de propriété de l'investisseur à l'État qu'elle ne peut être considérée comme une expropriation¹²⁰.

La décision du panel arbitral de l'ALÉNA dans *Metalclad* est célèbre. Dans cette décision, le Panel a proposé une interprétation très large de l'expropriation. L'expropriation sous l'ALÉNA n'inclut pas seulement des prises de propriété ouvertes, délibérées et connues, comme les transferts de titres illégaux ou formels ou obligatoires en faveur de l'État d'accueil, mais couvre également les *interférences accidentelles à l'utilisation de la propriété* ayant comme effet de priver le propriétaire du tout ou d'une partie *significative* de l'utilisation de la propriété ou de l'espoir raisonnable de recevoir des profits grâce à elle-même si l'acte ne profite pas directement à l'État d'accueil¹²¹. Comme le fait remarquer Dhooge (2001) : « Les seuls intérêts identifiés par le tribunal [dans l'affaire *Metalclad*] ont été ceux de l'investisseur. Selon le tribunal, les intérêts primaires de l'investisseur étaient son attente raisonnable au regard de son investissement, l'action gouvernementale aurait, prétendait la compagnie, constitué une expropriation à cause des impacts prévisibles d'une telle action sur l'investissement ». Une interférence à la propriété privée, même si elle est accidentelle (*Metalclad*) et non discriminatoire (Pope et Talbot¹²²) est donc susceptible de constituer une expropriation selon les termes de l'article 1110 de l'ALÉNA. Par contre, un seuil (Pope et Talbot) doit être atteint lors de cette l'interférence et une part *significative* de l'utilisation de la propriété doit avoir été aliénée (*Metalclad*).

Comme le soulignent Mann et Soloway (2002), ce raisonnement encore inachevé et développé par les panels d'arbitrage de l'ALÉNA n'offre aucun critère de distinction entre des mesures de protection du bien-être public et d'autres mesures prises qui auraient un effet spoliatoire au sens plus classique du droit international. Le seul critère utilisé aux fins de la détermination de l'existence ou non de mesures équivalentes à une expropriation demeure donc celui du degré d'interférence entraînant pour l'investisseur des répercussions

considérables. Cette incertitude perdure malgré le fait que le panel arbitral dans l'affaire *S.D. Myers*¹²³ se soit montré un peu plus rassurant. Il a apporté une distinction utile entre les concepts d'« expropriation » et de « régulation », le second signifiant une intervention moindre de l'autorité gouvernementale. La distinction entre les deux permettrait de « réduire le risque que le gouvernement soit l'objet de poursuites concernant l'administration des affaires publiques »¹²⁴.

Le débat entourant le mystérieux article 1110 de l'ALÉNA est donc centré sur le niveau d'utilisation par les investisseurs des dispositions de l'ALÉNA relatives à l'expropriation en vue d'obtenir des dommages face à des mesures réglementaires et législatives promulguées de bonne foi dans le but de protéger le bien-être public. Il s'agit toutefois d'un débat car, à ce jour, l'analyse des décisions arbitrales ne permet pas de fonder clairement les inquiétudes concernant cette disposition. La question est importante car elle a trait à l'essence même des activités des gouvernements : légiférer et réglementer dans l'intérêt public. Comme le disent encore une fois Mann et Soloway (2002), si l'article 1110 peut être utilisé pour exiger des gouvernements qu'ils indemnisent les investisseurs pour avoir adopté des mesures de bonne foi, cela pourrait avoir des *répercussions paralysantes* sur la capacité des gouvernements de réglementer, compromettant ainsi la protection de l'environnement, de la santé humaine, etc. Bien que n'évoquant pas dans ce contexte la question du droit à l'égalité et du droit des femmes à l'égalité, il faut comprendre que le recours extensif à la réglementation dans le cas des mesures d'équité en emploi s'insère dans le débat entourant le droit des investisseurs d'être indemnisés pour des mesures équivalant à une expropriation. Existe-t-il un moment où une utilisation autrement valide du pouvoir de réglementation devient une mesure d'expropriation en raison du degré des répercussions sur un investisseur? (Mann et al., 2002).

L'« effet paralysant » du chapitre 11 de l'ALÉNA

À l'occasion de sa contribution à la Conférence organisée par le Centre for Trade Policy and Law de l'Université Carleton, Maureen Appel Molot (2002) soulève l'intéressante question de l'effet paralysant du chapitre 11 de l'ALÉNA. Bien que reconnaissant qu'aucune étude sérieuse n'a encore été menée sur ce sujet, la professeure Appel Molot propose que l'on examine plus sérieusement le *comportement* du gouvernement devant la « menace » que constitue le chapitre 11 de l'ALÉNA. Est-il possible que pressentant des réactions négatives, voire vindicatives, de la part des investisseurs, l'action gouvernementale destinée à la protection des intérêts nationaux ralentisse?

Les investisseurs/employeurs soumis à la LÉE se voient offrir de nombreuses occasions informelles et non judiciaires de manifester leur insatisfaction au regard des exigences posées par la LÉE. C'est la CCDP, qui n'est d'aucune manière rompue à l'exercice imposée par l'article 1110 de l'ALÉNA, qui reçoit ces insatisfactions et surtout, qui doit les gérer. Cette gestion s'inscrit dans un processus transactionnel entre les entreprises et la CCDP destiné à la vérification du plan d'équité en emploi de l'entreprise. Jusqu'à quel point la CCDP peut-elle gérer l'arrogance des investisseurs sans compromettre les objectifs de la LÉE? De nombreuses indications permettent de conclure à l'insatisfaction des entreprises qui, si elles ont la sagesse politique de ne pas remettre en cause le modèle de l'équité en

emploi, en dénoncent néanmoins la lourdeur et l'imprévisibilité à certains égards. La position difficile de la CCDP est d'autant plus complexe que la LÉE prévoit l'obligation de mettre en oeuvre tous les efforts possibles afin d'obtenir un plan négocié d'équité en emploi¹²⁵. Ce n'est certes pas en ayant à l'esprit les droits des investisseurs que la LÉE a été écrite. Néanmoins, ces droits sont susceptibles d'altérer les rapports entre la CCDP et les entreprises soumises à la LÉE qui ont des droits d'investisseurs. Cette zone grise de la négociation de résultats recherchés, qui est propre aux législations proactives et probablement salubre dans un contexte national, doit être éclaircie. Le défaut d'améliorer, d'une part, l'énonciation des obligations des entreprises soumises à la LÉE et d'autre part, les pouvoirs de la CCDP, correspondrait-il, même inconsciemment, à l'effet paralysant qu'évoque Appel Molot? Impossible de le savoir pour l'instant, car la CCDP ne soumet pas l'analyse de la LÉE à celle des impacts des accords de commerce. *A fortiori*, la mesure dans laquelle cet effet paralysant pourrait entraîner des conséquences préjudiciables pour les Canadiennes est encore plus obscure.

Qu'avons-nous appris?

La négociation du chapitre 11 de l'ALÉNA et le droit des femmes à l'égalité

Les États parties à l'ALÉNA ont prévu que le chapitre 11 relatif aux investissements n'aurait pas pour objet de les empêcher d'appliquer sur leur territoire des mesures nécessaires à la sauvegarde de l'environnement. De même, à titre préventif, les Membres ont prévu de pouvoir recourir à la consultation si l'un d'eux est d'opinion que les mesures relatives à l'investissement auraient été utilisées par un autre Membre au détriment de mesures nationales concernant la protection de *l'environnement, de la santé ou de la sécurité*. Qu'en est-il des droits de la personne et des mesures susceptibles de promouvoir le droit des femmes à l'égalité en emploi, dont les mesures d'équité en emploi? Elles ont été reléguées au chapitre de la coopération selon les termes prévus par l'Accord parallèle de l'ALÉNA sur la coopération dans le domaine du travail¹²⁶. Pourquoi? Vraisemblablement parce que les Membres ont estimé *a priori* que le chapitre 11 de l'ALÉNA, malgré l'amplitude des termes relatifs à la protection des droits des investisseurs, ne pouvait porter atteinte à la réglementation nationale dans la mesure où celle-ci n'entraînait pas d'effets discriminatoires à l'égard des investisseurs étrangers. Nous ne sommes pas en mesure, à ce jour, de déterminer s'ils avaient raison ou tort.

Cette situation est révélatrice d'une incompréhension de la portée et du sens des garanties d'égalité au Canada. Il ne suffit pas en effet d'interdire la discrimination fondée sur le sexe pour atteindre l'égalité. Les femmes ont besoin de législations, de programmes et de mesures qui leur sont spécialement destinés. C'est le cas des mesures législatives et administratives en matière d'équité en emploi. L'incertitude entourant les limites des droits des investisseurs et la définition des mesures équivalant à une expropriation met à risque tout un pan de la réglementation canadienne en ce qu'il s'agit désormais de savoir si de telles mesures excèdent le degré d'interférence acceptable sur les investissements étrangers. Cette question est totalement « extérieure » à la légitimité des mesures d'équité en emploi et est donc imposée par l'agenda de la libéralisation des investissements. Il s'agit donc pour le Canada de prendre position sur la question de savoir si nous sommes ou non en présence d'une interférence proscrite par les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, eu égard à la gestion de l'équité en emploi au Canada.

L'effet paralysant du chapitre 11 de l'ALÉNA

Nous sommes particulièrement sensibles à la question de la professeure Appel Molot qui se demande si la plus grande victoire du chapitre 11 de l'ALÉNA ne serait pas de paralyser « par anticipation » des plaintes des investisseurs « l'action réglementaire » gouvernementale. Nous croyons que la question doit être examinée par la CCDP et RHDCC. Une approche croisant les variables « femmes », « commerce » et « équité en emploi » constituerait un atout et bénéficierait aussi à d'autres groupes désignés par la Loi.

L'environnement et les droits de la personne, dont le droit des femmes à l'égalité

Tout comme dans le cas de l'environnement, la sauvegarde et la promotion du droit des femmes à l'égalité dépend de l'intervention active de l'État, de ses actions de contrôle, de suivi et de son pouvoir de sanction. Le gouvernement canadien devrait entreprendre un vaste chantier destiné à répertorier les régulations pertinentes en matière d'égalité en emploi afin de les soumettre au « test » des droits des investisseurs. Ce chantier devrait faire intervenir non seulement le MAECI, mais aussi les entités gouvernementales concernées par la question du droit des femmes de jouir de l'égalité en emploi, plus particulièrement RHDCC et la CCDP.

7. L'ORDRE PUBLIC DANS LES ACCORDS DE COMMERCE ET LES POLITIQUES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI

Au nom de l'ordre public, les États parties aux accords de commerce peuvent exceptionnellement déroger à leurs engagements dans la mesure où ces dérogations n'ont pas pour effet de créer des discriminations à l'égard des entreprises étrangères ou de favoriser le marché intérieur à leur détriment. Les accords de l'OMC comportent tous des énonciations différentes relatives à l'exception d'ordre public. Le GATT prévoit seulement le cas de la protection de la « morale publique »¹²⁷. L'AGCS y ajoute les mesures « nécessaires à la protection de la morale publique et au maintien de l'ordre public »¹²⁸. Dans ce dernier cas, un astérisque renvoie à ce que l'on entend par « l'ordre public » : « l'exception d'ordre public ne peut être invoquée qu'en cas de menace véritable et sérieuse posée à l'un des intérêts fondamentaux de la société ». L'AMP, quant à lui, reconnaît la légitimité des mesures imposées et mises en place pour protéger « la morale, l'ordre et la sécurité publics »¹²⁹, sans autre ajout. Le flou quant à la définition de l'ordre public s'épaissit lorsqu'on tient compte du libellé de l'exception contenue dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC¹³⁰) où l'ordre public est inscrit en français dans le texte anglais, faisant ainsi référence à la conception française de l'ordre public, un concept touchant de près la souveraineté de l'État. Ces exceptions sont généralement chapeautées par une disposition qui précise « qu'aucune mesure ne doit être appliquée de telle manière à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions prévalent, ou une restriction déguisée au commerce international »¹³¹.

L'alinéa e) de l'article XX du GATT prévoit que le GATT (de 1947) ne peut être interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante de mesures concernant les articles fabriqués dans les prisons. Un État pourrait donc bloquer l'accès à son marché de tels produits au nom du respect de l'interdiction largement acceptée du travail forcé. Toutefois, généralement, l'étanchéité entre la sphère commerciale et celle des droits de la personne est préservée dans le texte même des accords de commerce¹³². Compte tenu de l'asymétrie au chapitre des possibilités offertes aux États de déroger de bonne foi à une prescription commerciale au nom de la santé ou de la moralité publique mais non au nom de la sauvegarde d'une mesure destinée à la promotion des droits de la personne, nous avons jugé opportun d'explorer les limites de « l'exception d'ordre public » afin de répondre à la question de savoir si ce nouvel ordre public du commerce international inclut les droits de la personne, et ce faisant, le droit des femmes à l'égalité.

Une abondante littérature (Jarvis, 2000; Charnovitz, 1998; Dommen, 2002; Bal, 2001; Bhala, 1998-1999) tend à proposer le recours à l'exception d'ordre public afin 1) de légitimer des politiques nationales destinées à la promotion et à la protection des droits de la personne ou 2) de légitimer la décision d'un État d'entraver la libre circulation d'un bien ou d'un produit lorsque sa confection résulte de conditions de travail violant les droits humains fondamentaux (le travail des enfants, le travail forcé, la discrimination *de jure*, etc.). Cette littérature tend toutefois à limiter l'analyse à la violation de droits humains dont le caractère de *jus cogens* (c'est-à-dire de droits dont le caractère fondamental et essentiel à la dignité

humaine est partagé par la communauté internationale et par la pratique des États¹³³) est reconnu. De plus, et ce dans la tradition américaine des politiques du commerce extérieur, elle concentre ses efforts sur un cas de figure précis : celui où le marché intérieur pourrait refuser l'accès à un bien parce que la production de ce bien aurait entraîné la violation de certains droits de la personne fondamentaux. Il existerait un ordre public des droits de la personne qui transcende les exigences des accords de commerce qui ne peuvent y déroger.

Cette littérature s'inspire fortement des avancées importantes réalisées dans le domaine de l'environnement, bien que dans ce dernier cas, les textes des accords de commerce soient en général plus généreux et plus explicites quant aux possibilités de dérogation. Bref, la prise en compte des considérations environnementales dans les décisions commerciales se porte mieux que celle relative aux exigences des droits de la personne. De plus, dans ce dernier cas, la littérature relative aux droits de la personne limite l'analyse aux droits fondamentaux de la personne, dont l'égalité entre les sexes, certes, mais sans pour autant considérer le sort des législations proactives adoptées par les États développés, surtout dans le monde anglophone.

L'idée même de recourir à l'exception d'ordre public afin de sauvegarder des mesures proactives d'équité en emploi au Canada, à titre d'expression du droit à l'égalité en emploi est en quelque sorte assez déprimante. Elle suppose 1) une incompatibilité possible entre les accords de commerce et les droits de la personne; 2) un affaiblissement des pouvoirs étatiques relativement à l'obligation positive qui est la leur en matière de droits de la personne; 3) une compétence « commerciale » afin de disposer des exceptions d'ordre public fondées sur les exigences des droits de la personne; et 4) une compréhension partagée de ce qu'est le domaine des droits de la personne, ce qui, on le sait, n'est pas le cas au sein de la communauté internationale au-delà des libertés et des droits dits fondamentaux. Cependant, par-dessus tout, l'exception d'ordre public entendu comme une exception « positive », comme une exception de sauvegarde des politiques et des législations relatives aux droits de la personne dans le contexte du commerce, demeure une exception. Elle anticipe qu'il est des cas, où les règles du commerce devront céder le pas aux droits de la personne. Dans le cas précis des mesures d'équité en emploi, elle anticipe que des distorsions au commerce pourraient résulter des exigences imposées par les mesures d'équité en emploi et que ces dernières pourraient prévaloir « à titre exceptionnel ».

L'exception d'ordre public est souvent jumelée à d'autres préoccupations publiques, tel le besoin de sauvegarder la vie, la santé, la sécurité, la vie privée, et même, dans le cas de l'AGCS, les législations destinées à contrôler la fraude dans les contrats. Dans le contexte des exceptions au respect des règles du commerce, l'ordre public est donc ramené à un statut « ordinaire » dans la mesure où il est admis que certaines règles commerciales peuvent parfois et de manière exceptionnelle céder le pas à des préoccupations nationales supérieures. Toutefois, les mesures proactives d'équité en emploi, à titre de modalité d'expression du droit à l'égalité et du droit des femmes à l'égalité, ne sont pas assimilables à de telles préoccupations.

Dans le contexte canadien, on associe les valeurs fondamentales préconisées par la *Charte canadienne des droits et libertés* (et le standard d'égalité) à l'ordre public. La problématique,

complexe, est donc ramenée à une simple question : est-il concevable que le modèle canadien d'équité en emploi, dans l'éventualité où il dérogerait aux exigences des accords de commerce, puisse bénéficier d'une sauvegarde au nom de l'exception d'ordre public? La réponse est négative et nos conclusions sont de deux ordres : d'une part, les mesures proactives d'équité en emploi n'appartiennent pas au groupe de normes fondamentales dont le respect est imposé au nom de l'ordre public en droit national; d'autre part, la conception nationale de l'ordre public cède de plus en plus le pas à une conception internationale de l'ordre public, où dominent les droits des marchands.

Le concept d'ordre public dans une perspective comparée

En droit français, Jean-François Romain (1995) classe la notion d'ordre public en deux catégories selon ses modalités d'application. D'abord, il propose « l'ordre public fondamental » qui inclut la protection des droits et libertés fondamentales des personnes et englobe les bonnes moeurs, principes prévalant sur l'action des individus comme de l'État. Cette première catégorie de l'ordre public se pose traditionnellement en défense des droits fondamentaux contre l'action répressive de l'État. La deuxième catégorie traite de « l'ordre public essentiel ». Il incarne les principes tendant à protéger « l'intérêt général réalisé dans l'ordre public juridique, économique et social de l'État ». D'un côté, c'est la liberté et les droits fondamentaux des personnes qui sont la finalité de l'ordre public, de l'autre c'est l'intérêt commun qui est recherché. Toute l'ambiguïté de cette notion juridique se trouve résumée dans la définition de Planiol : « Une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »¹³⁴.

En droit québécois, la notion d'ordre public est prévue dans la Charte québécoise. Le professeur François Chevrete (1989) en tire la définition suivante : l'ordre public constitue « un concept à portée indiscutablement très large, qui inclut fort probablement [les concepts de sécurité nationale, de sûreté publique, de santé ou de morale publique] de même que le bon fonctionnement du système judiciaire, la prévention du crime et la protection des droits et libertés d'autrui ». L'acception anglo-saxonne de l'ordre public est beaucoup plus restrictive que l'utilisation qui en est fait en droit français¹³⁵. Les considérations de *public order* concernent avant tout la prévention du désordre public. On trouvera aussi les termes *public policy* et *public order* utilisés indistinctement¹³⁶. Toutefois, l'expression *public policy* pourra aussi inclure les principes de justice naturelle. Jean-Gabriel Castel recourt à l'expression *public policy* (Castel, 1975).

Une définition aussi large de l'exception d'ordre public doit pourtant être regardée à la lumière de la culture juridique canadienne et du contexte international. Rarement le Canada souhaitera-t-il se trouver en porte-à-faux par rapport à ses engagements internationaux, particulièrement en matière de droits de la personne. Cependant, la doctrine au Canada qui traite particulièrement de la place de l'ordre public dans le droit canadien ou encore québécois est rare¹³⁷.

La justice fondamentale, la sécurité publique et le respect des droits de la personne participent donc de l'ordre public en droit canadien et québécois. Dans la mesure où le droit des femmes à l'égalité est un droit fondamental, il en découle que les mesures proactives

destinées à le promouvoir revêtent le même caractère fondamental. Cela n'est toutefois pas une vision partagée par tous les droits nationaux, loin de là. Cette acception de l'ordre public canadien, développée au fil d'une riche jurisprudence relative aux droits de la personne, peut-elle survivre à l'heure de l'émergence d'un ordre public international dont les contours ne sont pas déterminés par des tribunaux canadiens? Le droit communautaire européen a développé un ordre public régional soucieux du respect des droits de la personne. Il dévie toutefois pour des raisons particulières de la tendance internationale.

J. Dollinger (2000) note une tendance de plus en plus forte à la considération d'un ordre public véritablement international qui dépasse les limites du droit international privé (gestion des conflits de lois). L'apparition d'un ordre public européen illustre cette affirmation. L'article 30 du nouveau Traité de Rome permet de déroger à la seule règle prohibant les restrictions quantitatives au commerce entre les États membres pour des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique. Ces dérogations ne doivent pas constituer un moyen d'imposer des discriminations arbitraires ni une restriction déguisée aux échanges. On retrouve cette clause et la restriction énoncée dans des termes similaires dans le GATT¹³⁸. La réserve d'ordre public est aussi énoncée à l'article 39(2) du nouveau Traité de Rome concernant les restrictions à la liberté de circulation, à l'article 46 concernant le régime spécial pour les étrangers en matière de liberté d'établissement et à l'article 55 au sujet de la libre prestation de services. Enfin, l'article 58.1(b) « permet aux États de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements (...) ou de prendre des mesures justifiées par des raisons d'ordre public ou de sécurité publique » (Castillo et al., 2001). Le Traité de Rome semble laisser une marge de manoeuvre importante aux États membres de l'Union européenne d'exercer leur souveraineté par le biais de ces exceptions générales aux termes du traité. Cependant, Castillo et Chemain (2001) prétendent que le système juridique basé sur le marché commun tend à affaiblir le pouvoir discrétionnaire des États, bien qu'ils ne prévoient pas la disparition du recours à l'exception d'ordre public à terme.

Le droit communautaire renvoie ainsi aux conceptions nationales de l'ordre public. Selon la Cour de justice européenne (CJE), l'ajout des concepts de « sécurité publique » et de « santé publique » encadre l'ordre public et permet d'éviter que les États abusent de dérogations aux règles communautaires. Pour la Cour, les exceptions d'ordre public doivent être entendues strictement.¹³⁹ L'application d'un droit communautaire uniforme justifie les contrôles des exceptions exercés par les institutions européennes. De cette tendance naît progressivement un ordre public véritablement communautaire, ou européen, dans une communauté qui rassemble dans un même système interdépendant libéralisation économique, ordre social et ordre juridique.

Le concept « d'ordre public européen » est apparu dans la jurisprudence européenne avec l'arrêt *Loizidou/Turquie* où la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁴⁰ a statué qu'elle devait « tenir compte de la nature particulière de la Convention de Rome, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains »¹⁴¹. Dans l'affaire *Soering*, la Cour a même donné priorité à la *Convention européenne des droits de l'Homme* afin d'écarter l'application d'une autre convention internationale relative à l'extradition¹⁴². L'ordre public européen domine donc de plus en plus nettement l'ordre public interne. Au

niveau international ou transnational, toutefois, la situation est différente. L'ordre public économique tend à dominer un ordre public soucieux des droits de la personne. Ainsi, et malgré les traditions nationales, dont la tradition canadienne et québécoise, il y a lieu de se demander si un ordre public international résolument économique n'aura pas le dernier mot sur les droits de la personne.

L'ordre public transnational ou réellement international

Le droit économique international prend une telle ampleur que certains évoquent une *lex mercatoria unifiée* et la naissance d'un véritable système juridique à part entière. Parce que les accords de commerce constituent une source de cette *lex mercatoria*, dont les autres sources sont à rechercher dans la jurisprudence de l'arbitrage international, et que la notion d'ordre public transnational est d'abord apparue dans les arbitrages de la Chambre de commerce international (CCI), il est pertinent de procéder par analogie avec le droit privé international pour découvrir le sens à donner à la réserve d'ordre public incluse dans les accords de l'OMC. En effet, même si les accords de commerce entrent dans la catégorie du droit public international (liant des États entre eux), une analogie peut être tirée du droit international privé puisque les objectifs recherchés par les accords de commerce sont de favoriser les échanges commerciaux internationaux par « le jeu des acteurs privés internationaux¹⁴³ ».

L'arbitrage commercial international a connu une évolution poussée au cours du XX^e siècle en accordant une liberté toujours plus grande aux parties et aux institutions d'arbitrage, laissant le juge national devant une sentence basée sur des règles exogènes au droit national, mais y faisant force (Racine, 1999). Le dernier rempart de l'État souverain serait celui de l'exception d'ordre public. Cependant, il n'est pas certain que lui soit accordé beaucoup de poids dans le cadre d'un arbitrage international.

Au cours des 20 dernières années, le concept d'un ordre public « véritablement » international est apparu dans plusieurs décisions de la CCI. Il s'agit d'un ordre public dont l'existence repose sur les règles de droit international visant à assurer l'ordre, la sécurité et la stabilité des relations internationales. Les arbitres jugeront contraires à l'ordre public véritablement international des actes répréhensibles du point de vue non seulement des bonnes moeurs, mais aussi de la morale économique.

Certains vont même jusqu'à dire que la *lex mercatoria* pourrait imposer son ordre public en influençant les décisions arbitrales et en remplaçant les propres lois de l'État¹⁴⁴. En outre, l'importance croissante d'un ordre public visant à protéger l'harmonie des relations économiques internationales contre les velléités souverainistes des États tend à ne plus seulement se restreindre au droit international économique privé, mais recouvre différentes juridictions du droit et des relations internationales (Dollinger, 2000).

Plusieurs auteurs (Dollinger, 2000; Oppetit, 1993) voient la notion d'ordre public transnational dépasser le simple domaine de l'arbitrage commercial international et incorporer le droit public international. Les pratiques commerciales contraires à une morale publique commune (la corruption ou le trafic d'influence) sont prohibées et succombent sous le coup de plusieurs décisions arbitrales internationales au nom de l'ordre public transnational. Certaines valeurs

éthiques sont aussi prises en compte, excluant du commerce licite des produits contraires à la morale publique. Ainsi, le commerce des stupéfiants ou de la fausse monnaie est exclu des accords de commerce. De même les biens culturels font l'objet de diverses conventions visant à assurer leur protection contre le pillage et le vol.¹⁴⁵ Les valeurs « recueillant un assez large consensus » seraient la justice et la sécurité mais aussi « la valeur de la vie, la valeur de la propriété, la valeur de la compétition et le contrôle de l'activité économique, au nom de l'intérêt public ». ¹⁴⁶

Les valeurs universellement reconnues sont ainsi limitées et ne font pas référence à l'ensemble des droits protégés par les instruments des droits de la personne. Les valeurs liées à l'activité économique tendent à être prédominantes et être les seules pour l'instant à être acceptées au nom d'un ordre public transnational. Voilà pourquoi nombreux sont ceux qui plaident pour l'inclusion des droits de la personne internationalement reconnus dans les exceptions d'ordre public et de morale publique des accords de commerce.

Cependant, dans le cas où cette thèse triompherait malgré les termes des accords de commerce et la tendance affichée à distinguer le commerce et les droits de la personne, il faut encore reconnaître que de telles exceptions seraient soumises au principe selon lequel elles doivent être « nécessaires » et constituer une mesure alternative restreignant le moins possible le commerce (OMC, 2003).

En conclusion, l'évolution de la notion d'ordre public en droit canadien et québécois permet d'affirmer que les droits de la personne garantis par les chartes canadienne et québécoise doivent être considérés comme participant à cet ordre public. Comme dans le cas du droit français, et ce conformément à l'évolution des instruments des droits de la personne sur le plan international, l'ordre public canadien et québécois protège les fonctions de l'État (sécurité, moralité), mais aussi les citoyens contre les intrusions abusives ou les omissions de l'État préjudiciables aux citoyens et à la promotion de leurs droits. À l'évidence, l'esprit et la lettre des chartes font en sorte que le droit des femmes à l'égalité tout autant que les mécanismes proactifs destinés à promouvoir ce droit dans le domaine du travail peuvent être protégés au nom de l'ordre public. Il est acquis que le gouvernement doit intervenir dans la sphère du travail afin de promouvoir le droit des femmes au travail en toute égalité.

Placée devant la réalité des accords de commerce, la question se pose autrement. Dans l'éventualité où les détenteurs de droits en vertu des accords de commerce remettraient en cause, pour des raisons que nous avons explorées, le modèle canadien de l'équité en emploi qui est imposé à ceux d'entre eux qui sont des employeurs canadiens, le Canada pourrait-il prétendre que l'ordre public lui permet de déroger à ses engagements commerciaux? Rien n'est moins certain. Pis encore, rien n'est moins souhaitable! Les droits de la personne n'ont aucun avantage à être conceptualisés comme des dérogations aux règles du commerce.

La superposition du droit national et du droit économique international engendre donc un conflit des « ordres publics ». Cependant, dans l'éventualité d'un arbitrage commercial tirant sa source du texte d'un accord de commerce et des principes du droit économique international, il va de soi que l'ordre public marchand dominerait l'ordre public destiné à la protection des personnes, même si la source de la dérogation était le respect du droit des femmes à l'égalité.

Certains tentent de résoudre ce conflit en invoquant le caractère de *jus cogens* ou de principes généraux de droit des droits de la personne qui, ainsi, domineraient le droit économique international et les accords de commerce. Cette thèse est combattue par ceux qui affirment que les risques de conflits sont rares et que de toutes façons, les règles de l'OMC ou de l'ALÉNA sont *lex specialis* et ne concernent que le commerce (Marceau, 2002). Bref, il y a débat.

Dans tous les cas, et dans l'hypothèse où serait reconnue la primauté des droits de la personne sur le commerce, il reste à déterminer de quels droits on parle? À cet égard, l'indication la plus sérieuse nous serait fournie par la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail* adoptée par la Conférence internationale du travail en 1998¹⁴⁷ : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire; l'abolition effective du travail des enfants; et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession expriment les droits fondamentaux dont la valeur de droits n'est contestée par aucun État membre de l'OIT. Il faut reconnaître ici que les mesures d'équité en emploi constituent un prolongement de la valeur d'égalité et de son corollaire, l'interdiction de la discrimination, mais que ce prolongement ou cette modalité proactive de mise en oeuvre de l'interdiction de la discrimination n'est pas nécessairement inclus dans la vision universaliste de l'interdiction de la discrimination en emploi¹⁴⁸.

En résumé, les politiques canadiennes destinées à promouvoir le droit des femmes à l'égalité en emploi par le recours à l'équité en emploi, dans l'éventualité où elles heurteraient les droits des marchands au Canada, ne peuvent être sauvegardées en recourant à l'exception d'ordre public au sens où l'évoquent les accords de commerce et où le conçoit le droit économique international. Ce constat fournit un appui supplémentaire à notre argument principal qui propose le renforcement des mesures canadiennes d'équité en emploi « dans le respect des engagements commerciaux du Canada et des accords qu'il a ratifiés ».

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

Qu'il nous soit permis en conclusion de nous éloigner un peu du terrain juridique pour poser des questions d'ordre plus politique. Principalement, ces questions expriment certaines des craintes du mouvement féministe canadien et québécois à l'heure des accords de commerce. Notre analyse a révélé que le gouvernement canadien peut, sans effort exagéré, s'il le souhaite, apporter aux mesures d'équité en emploi les correctifs nécessaires¹⁴⁹ afin de les sauvegarder dans le contexte de ses engagements commerciaux internationaux. Il convient en effet de parler de correctifs car les accords de commerce n'invalident pas les politiques publiques nationales relatives à l'égalité des femmes en emploi. Elles en accroissent toutefois les exigences au chapitre de la transparence de la norme, de l'administration des programmes et des attentes des entreprises étrangères. Le gouvernement canadien souhaite-t-il de tels renforcements? Ce choix s'inscrirait à l'encontre de l'idéologie du « moins d'État » et du mouvement de dérégulation amorcé par l'État canadien. Cependant, il n'est pas la conséquence juridique des accords de commerce, il en est plutôt la source et la conséquence idéologique.

Il faut de plus tenir compte de l'opinion des investisseurs, des fournisseurs et des producteurs étrangers qui embauchent au Canada. Alors qu'il était d'usage de recevoir les critiques des entreprises relatives à l'équité en emploi dans un contexte totalement « domestique », les arguments d'opposition à l'équité en emploi issus de préoccupations relatives à la compétitivité, à la productivité, voire tout simplement aux coûts engendrés par l'implantation de plans d'équité en emploi en entreprises, prennent une autre couleur lorsqu'ils sont mis en contexte international. En effet, à certains égards, ces critiques ne sont plus seulement des critiques. Elles sont aussi l'expression voilée de griefs fondés sur les « droits des entreprises étrangères » embauchant au Canada. Les décideurs en matière d'équité en emploi sentent ces nouvelles résistances. Le Canada a-t-il les moyens politiques de ses politiques publiques? Cette question a des effets spécifiques sur les droits des Canadiennes.

Difficile à dire car il n'existe pas au Canada de méthodologie destinée à l'examen systématique et préventif des effets du commerce sur les politiques nationales destinées à la promotion du droit des Canadiennes à l'égalité en emploi. Or ces questions ne peuvent qu'être envisagées au « cas par cas » selon les accords de commerce dont il est question. Dans le cas des mesures d'équité en emploi, nous en sommes venues à la conclusion que la ratification par le Canada des accords de commerce signifie que plus de commerce exige aussi « plus d'État ». Cela est-il politiquement viable?

La dernière partie de cette étude se penche spécifiquement sur la question du besoin d'une analyse comparative ou différenciée selon le sexe en matière de commerce international et de politiques publiques nationales. Il ne s'agit pas de réinventer la roue, de nombreuses études et modèles se consacrent à la question. Il s'agit plutôt de soumettre ces modèles aux exigences spécifiques de l'objet de l'analyse (les politiques publiques destinées aux femmes) dans le contexte de sociétés développées, là où les appareils d'état sont sophistiqués et les modes de mise en oeuvre du droit des femmes à l'égalité le sont tout autant. Les mesures d'équité en emploi servent alors de référence.

PARTIE 3 : L'IMPACT DES ACCORDS DE COMMERCE SUR LA RÉGLEMENTATION CANADIENNE DESTINÉE À L'ÉQUITÉ EN EMPLOI : DES CONCLUSIONS ET DES RECOMMANDATIONS TIRÉES DE L'ÉTUDE DE CAS

9. L'ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SEXES ET L'IMPACT DES ACCORDS DE COMMERCE : UN DOSSIER ÉMERGENT

ACS et développement

L'analyse comparative ou différenciée selon les sexes (ACS) est née des débats des années 1970 entourant les difficiles articulations entre le marxisme, le féminisme et le développement. Aujourd'hui, de nouvelles réalités s'imposent, dont celle du commerce international. Nul ne conteste maintenant le fait que des politiques en apparence neutre produisent des effets différents à l'égard des femmes et des hommes. L'ACS exprime le besoin de mettre au point des outils de « mesure » destinés à cerner ces effets. Conformément à la théorie de l'égalité entre les sexes, il existe de nombreuses situations où le repérage des effets préjudiciables d'une politique spécifique à l'égard des femmes entraîne le besoin de mettre en oeuvre des solutions adaptées afin de corriger le désavantage subi.

Les premiers outils de l'ACS étaient destinés à l'analyse des politiques de développement (Overholt et al., 1984; Moser, 1993), terrain sur lequel se sont affrontées des approches divergentes. Overholt et al. (1984) ont proposé un modèle axé sur la recherche de solutions de développement conçues en fonction des besoins des femmes. Ce modèle se désintéressait de la question de l'organisation des rapports de pouvoir pour privilégier la conception de politiques de développement adaptées aux femmes. Moser (1993), pour sa part, a élaboré un modèle axé sur la prise en compte des besoins des femmes qui dépasse la seule correction des inégalités. Selon Moser, qui a contribué aux travaux de la Banque mondiale, l'objectif central des politiques de développement qui prennent la dimension de genre en compte est de redonner aux femmes une autonomie de décision tout en contribuant à combattre la pauvreté et les inégalités dans le développement¹⁵⁰.

Récemment, Hlupelik Longwe (2001) et Kabeer (1994) ont poussé plus loin l'intégration de préoccupations sociales, le besoin pour les femmes d'avoir plus de pouvoir politique et économique et la reconnaissance du droit des femmes de participer la gestion des ressources premières. Les travaux de Hlupelike Longwe ont permis la diffusion du modèle du « Women's Empowerment Framework ». L'auteure décrit l'*empowerment*¹⁵¹ comme un « processus par lequel une personne, ou un groupe social, acquiert la maîtrise des moyens qui lui permettent de se conscientiser, de renforcer son potentiel et de se transformer dans une perspective de développement et d'amélioration de ses conditions de vie et de son environnement [traduction] ». La méthode d'analyse de Hlupelike Longwe propose des marqueurs¹⁵² afin d'identifier le niveau d'autonomisation d'une mesure, d'un programme ou d'une politique. La mesure idéale est celle émanant des femmes que cette mesure concerne et qui permet le contrôle par ces dernières de la mise en oeuvre et de l'exécution (Hlupelike Longwe, 2001). Hlupelike Longwe réfère au « cycle » de l'autonomisation (Hlupelike Longwe, 2001). Le Women's Empowerment Framework a une connotation davantage politique que d'autres

méthodes d'analyse. Par contre, elle ne tient pas compte de l'interdépendance de mesures à caractère économique et social.

Ce processus d'interdépendance des normes et des comportements est au coeur des discriminations dont les femmes sont victimes. Kabeer (1994) propose d'examiner les processus de régulation comme des processus globaux de mise à risque du développement humain des femmes. La production est comprise dans le sens le plus large de l'ensemble des activités humaines visant à parvenir au bien-être et la pauvreté, comme la conséquence d'une distribution inégale des ressources que Kabeer décrit comme étant « l'inégalité des relations sociales ». Les rapports de sexe sont ici perçus comme une facette des relations sociales. Pour Kabeer, il faut déterminer la source des inégalités entre les hommes et les femmes.

Le commerce international et l'institutionnalisation du commerce comportent de nombreuses régulations locales, nationales et internationales dont les effets ne sont pas neutres pour les femmes. Plus particulièrement, les accords de commerce influencent les conditions de vie et les droits des femmes et cet impact est distinct de celui dont les hommes (Brambilla, 2001; Joekes et al., 1994; Haxton et al., 1999) font les frais. À ce titre, plusieurs études se sont penchées sur les effets du commerce sur les femmes des pays en voie de développement (Allaert et al., 2001; Allaert, 1997). Peu d'études ou de modèles d'analyse comparative selon les sexes sont adaptés aux besoins et aux réalités des femmes des pays développés, particulièrement en ce qui concerne l'impact des accords de commerce.

Les accords de commerce et l'ACS

L'analyse comparative des politiques commerciales selon les sexes a été proposée, entre autres, par l'Organisation des Nations Unies (ONU) et par l'Organisation internationale du Travail (OIT) à titre d'outil destiné à prévenir les dommages que pourrait entraîner une application aveugle de normes non adaptées aux besoins spécifiques de certaines populations cibles. On constate à ce sujet les efforts de divers organismes, telle la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) qui a tenté de sensibiliser l'OMC à la nécessité de s'intéresser à l'impact des accords de commerce sur les populations vulnérables. À titre d'exemple, la CNUCED a déposé, en collaboration avec le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) et la Commission économique et sociale sur l'Asie-Pacifique (CESAP), un document traitant de l'importance d'une perspective axée sur l'analyse comparative en fonction des sexes (ONU, 1996) à la Conférence ministérielle de l'OMC à Jakarta en 1996.

Outre ces institutions, plusieurs organisations non gouvernementales (ONG) de femmes mettent de l'avant l'utilisation d'une analyse comparée entre les sexes. C'est le cas de l'Organisation des femmes pour l'Environnement et le Développement (WEDO) qui propose sur son site une mise en application de l'analyse comparée (WEDO, 2002). Notons aussi les travaux du Network Women in Development Europe (WIDE), groupe parapluie regroupant diverses ONG,¹⁵³ et ceux de l'Association pour les droits de la femme et le développement (AWID)¹⁵⁴. Du côté de la recherche, certains travaux plus récents ont entrepris l'analyse de l'impact des accords de commerce et des règles commerciales sur la

capacité des acteurs publics et privés d'adopter des règles destinées à la promotion de l'égalité des femmes. Soulignons, par exemple, les travaux de Evers (1999) (IDS, 1998). Il faut en effet distinguer les efforts destinés à intégrer dans les institutions internationales et régionales du commerce une analyse selon les sexes de ceux qui, plus précisément, tentent de promouvoir le devoir des États d'analyser l'impact des politiques commerciales sur leur propre capacité d'adopter des politiques nationales destinées aux femmes. Hassalani souligne en outre que les efforts des femmes visant à être entendues dans les forums de l'OMC et de la future ZLEA ont eu peu de répercussions jusqu'à maintenant, malgré l'émergence de lobbys, tel le Informal Working Group on Gender and Trade (IWGGT), qui tentent de percer le mur de l'OMC. Selon Hassalani, ces groupes ont eu un certain succès auprès de tribunes parallèles à l'OMC, telles les Nations Unies ou l'OIT (Hassalani, 2000). Certaines autres percées doivent cependant être soulignées.

La Coopération économique Asie-Pacifique¹⁵⁵ (APEC) est l'organisation qui a consenti les efforts les plus sérieux en ce qui concerne l'intégration d'une perspective et d'une analyse de genre dans le développement et le commerce. Cet effort est manifeste non seulement d'un point de vue institutionnel, mais aussi parce que de nombreuses données concernant les femmes et le commerce ont été rendues disponibles. Le cas du rapport des femmes au travail non rémunéré en constitue un bon exemple. L'APEC diffuse aussi des données concernant les femmes dirigeantes d'entreprises ainsi que des statistiques sur les types d'emplois exercés par les femmes, incluant les catégories salariales. La création du SOM Ad Hoc Task Force on the Integration of Women et du Ad Hoc Advisory Group on Gender Integration (AGGI) a généré des travaux qui ont rendu possible l'adoption d'une Déclaration conjointe portant sur les femmes, le développement et le commerce¹⁵⁶ à l'occasion de la Conférence des ministres de la Condition féminine de l'APEC en 2002. Le AGGI de l'APEC a rédigé en 2001 un guide d'évaluation du rôle des femmes dans les projets de l'APEC ainsi que de l'impact de ses projets sur elles. Cependant, tous ces efforts ne se reflètent pas nécessairement dans les Plans d'action collectifs (PAC) ou dans les Plans d'action individuels (PAI)¹⁵⁷ qui sont les rapports annuels relatifs aux politiques économiques globales de l'APEC et des États membres. Rien dans ces rapports ne laisse encore entrevoir une analyse comparative des impacts de ces politiques entre les sexes (Gibb, 2000).

La Commission européenne élabore des instruments destinés à mesurer les impacts sociaux des accords de commerce sur l'ensemble des populations, aussi bien des pays industrialisés que de ceux en développement. Il s'agit du projet Social Impact Assessment (SIA) (IDPM, 2003b). De même, le Secrétariat du Commonwealth a adopté en 1995 un Plan d'action sur le développement qui incorpore la notion de genre. Des politiques d'analyse comparative entre les sexes ont été développées dans le cadre de ce Plan (Sen, 1999).

Le SIA est un vaste projet portant sur les impacts économiques et sociaux des négociations commerciales de l'OMC à la fois sur les pays développés et en voie de développement. Ce projet a été commandé par la Commission européenne. Il est dirigé par l'Institute for Development Policy and Management (IDPM) de l'Université de Manchester, au Royaume-Uni. Le rapport final a été déposé en 2003 (IDPM, 2003b). Le projet porte sur une estimation des impacts à long terme du commerce. Ces impacts sont évalués dans divers secteurs de commerce libéralisés¹⁵⁸. La nouveauté du modèle repose sur le fait qu'on évalue à la fois les

impacts économiques, environnementaux et sociaux. Afin de procéder à cette évaluation, les chercheurs ont recours à différents types de marqueurs, certains étant reliés à l'emploi, à l'égalité entre les sexes et à l'équité.

L'objectif premier de la recherche est de conseiller les négociateurs de l'Union européenne dans le cadre des rondes de négociation de l'OMC et de leur fournir des outils afin d'évaluer les impacts des mesures proposées dans le cadre des négociations. À ce jour cependant, les rapports parus mettent l'accent sur certains aspects de l'équité qui concernent un autre groupe générique que celui des femmes : les consommateurs. Par exemple, les impacts à long terme, pour les pays développés, d'une libéralisation visant à augmenter la compétitivité des entreprises se résument à deux choses : l'évaluation des impacts positifs sur le choix des denrées accessibles aux consommateurs et ceux sur l'accès aux services de santé (IDPM, 2003a). Les études ne font qu'effleurer la question des impacts négatifs possibles de la libéralisation du commerce européen sur les normes de travail au sein des pays développés (Kirkpatrick et al., 1999). C'est donc avec peu de bagage que nous nous sommes aventurées sur le chemin encore mal connu de l'analyse des impacts des politiques commerciales selon le sexe et sur celle de la capacité des États de maintenir ou d'adopter des réglementations nationales destinées aux femmes. Cela a largement justifié le recours à une étude de cas. De plus, le modèle canadien de l'ACS n'a pas non plus été d'un grand secours, malgré ses vertus et ses succès.

Le Canada, l'ACS et les politiques nationales

La méthode d'analyse différenciée ou comparative selon le sexe mise de l'avant par Condition féminine Canada (1998) se décompose en huit étapes. Elle a été structurée de façon à reproduire les étapes généralement suivies par les responsables gouvernementaux qui élaborent des politiques. L'analyse, qui est détaillée à l'annexe VI, vise principalement à préciser les enjeux soulevés par la mesure (étape 1), à définir les résultats souhaités (étape 2), à mener des travaux de recherche (étape 4) et à évaluer la qualité de la démarche (étape 8). Cette méthode se penche sur la *source* de la régulation, c'est-à-dire la norme productrice d'équité ou d'inégalité. L'ACS a connu des succès, comme en témoignent le cas de Santé Canada (2002) et celui de l'Agence canadienne pour le développement international (ACDI) (1999).

Santé Canada a désigné 12 déterminants de la santé qui comprennent des considérations liées à l'analyse comparative selon le sexe et aux rapports sociaux de sexes. Ces déterminants sont le revenu et la situation sociale, l'emploi, la scolarité, l'environnement social, l'environnement physique, le développement sain de l'enfant, les pratiques personnelles liées à la santé et la capacité d'adaptation, les services de santé, les réseaux de soutien social, la constitution biologique et le patrimoine génétique, les différences sociales entre hommes et femmes, la culture. Santé Canada a aussi créé en 1993 le Bureau pour la santé des femmes. Ce Bureau n'est pas un programme ni un organisme de financement. Il est, en général, axé sur les politiques. Il travaille avec les autres divisions et directions générales du ministère afin de promouvoir les politiques et les programmes qui répondent adéquatement aux besoins des femmes en matière de santé afin d'améliorer la compréhension de la différence entre les sexes comme variable déterminante en matière de santé. Le Bureau entretient des relations avec les autres ministères fédéraux, les gouvernements provinciaux et les organismes à l'échelle nationale et internationale. Malgré

les immenses progrès accomplis à cet égard, il ne semble pas toutefois que l'impact des accords commerciaux sur la santé des femmes (en matière d'accès aux médicaments ou de qualité de ces derniers, par exemple) soit directement considéré. Il ne semble pas non plus que les relations entretenues par le Bureau pour la santé des femmes s'étendent au MAECI.

Le cas de l'ACDI est aussi éloquent. Pour l'ACDI, l'égalité entre les sexes passe par l'accès des femmes à la décision dans les processus de développement durable, aux ressources, au respect des droits fondamentaux, au partage et au contrôle des bénéfices du développement (ACDI, 1999). La grille de prise en compte des exigences de l'égalité des sexes embrasse plusieurs considérations : l'environnement, la déforestation, l'accès aux services de base, etc., mais rien cependant sur le commerce.

La méthodologie de l'ACS, destinée aux décideurs gouvernementaux, comporte un faible potentiel de transversalité lorsqu'il s'agit de se pencher sur les effets du commerce sur les femmes. En proposant à chaque ministère l'implantation de cette méthodologie, il est évident que la prise en compte des rapports sociaux de sexe dans l'élaboration des politiques devient, d'une certaine façon, disciplinaire : la santé, par exemple. Cela facilite certes l'imputabilité. Or le commerce, lui, n'est pas de nature monodisciplinaire. Les décisions relatives à la libéralisation des échanges commerciaux traversent toutes les compétences du gouvernement. Une application systémique de la méthodologie de l'ACS signifierait que le MAECI devrait assumer l'ensemble des analyses relatives à l'ensemble des politiques commerciales susceptibles d'affecter l'un ou l'autre domaine de compétence d'un autre ministère ou organisme, et ce parce que le commerce international est de sa compétence. Le problème, c'est qu'exception faite des affaires étrangères, le commerce international est la seule compétence du MAECI! Comment donc tenir compte des aspects multidimensionnels du commerce international et, plus particulièrement, intégrer à cette prise en compte les considérations liées aux femmes et aux rapports sociaux de sexe? Le MAECI reconnaît que la question est difficile et qu'il doit encore y réfléchir. Ses représentants reconnaissent aussi qu'il est difficile d'élargir le cercle « naturel » des partenaires du MAECI (Industrie et Commerce, Agriculture, et maintenant, RHDCC) et que malgré de récents rapprochements, les communications ne sont ni claires ni soutenues entre lui et Condition féminine Canada, par exemple¹⁵⁹. Toutefois, de la même façon que la première compétence du MAECI est le commerce international, Condition féminine Canada ne possède pas non plus la compétence universelle au sein du gouvernement fédéral.

Ce bref survol de la situation permet de constater qu'entre la reconnaissance du besoin de l'analyse comparative selon les sexes des politiques publiques nationales et internationales et l'implantation de stratégies d'ACS au sein des administrations issues des pays développés, il manque encore des chaînons importants. Entre autres, le cas de la soumission des politiques commerciales à l'exigence de l'ACS illustre bien les limites d'une approche « ministère par ministère » et le défi que constituerait un décloisonnement de cette approche. Idéalement, un projet de politique commerciale, mais plus particulièrement un projet d'engagement canadien en matière de libéralisation d'un secteur commercial, devrait être soumis à l'ensemble des ministères concernés pour opinion et avis. Non seulement n'est-ce pas le cas, mais en sus, il faut conclure que les modèles sont encore à créer. En effet, sur le plan particulier des accords de commerce et des institutions commerciales, tout porte à croire que la poussée du

mouvement féministe en faveur de la prise en compte des rapports de sexe dans l'élaboration et la mise en oeuvre de tels accords, évolue plus rapidement au plan international que national. Cette situation est assez anachronique dans la mesure où elle nie la réalité quotidienne de femmes « situées » géographiquement et politiquement.

La prochaine section s'intéresse plus particulièrement à cette question dans le contexte canadien. Tirant avantage de l'étude de cas complétée, elle aboutit à des recommandations destinées à promouvoir un dialogue utile au niveau national entre les femmes et le MAECI et une prise en compte de l'analyse comparative entre les sexes de l'impact des décisions canadiennes en matière de commerce international¹⁶⁰.

10. L'ABSENCE DE MÉCANISMES DE CONSULTATION ET DE PRISE EN COMPTE DES IMPACTS DU COMMERCE SUR LES CANADIENNES

Afin d'étayer cette proposition, nous avons choisi de concentrer notre analyse sur deux aspects : d'une part, les mécanismes de consultation propres au MAECI et, d'autre part, les récents travaux du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international (CPAECI) de la Chambre des Communes, lequel a tenu des audiences importantes sur l'incidence du commerce pour les Canadiens et les Canadiennes en 1999 et en 2001.

Le MAECI

Le MAECI a recours à plusieurs organes de consultation lorsque vient le temps d'élaborer des politiques commerciales. Hassalani a procédé en 2000 à la recension de ces organes consultatifs. Toutefois, le CPAECI est de loin le forum le plus large en matière de consultation. Il ne relève évidemment pas du MAECI. Les consultations organisées par le CPAECI se font sur une base ponctuelle, et non institutionnelle ou permanente (Hassalani, 2000).

Le MAECI mène régulièrement des consultations fédérales-provinciales-territoriales, souvent teintées du sceau de la discrétion. Il arrive que des représentants du milieu des affaires y soient invités (Hassalani, 2000). Parmi les mécanismes de consultation, on retrouve aussi les Groupes de consultations sectorielles sur le commerce extérieur (GCSCE). À l'origine, les syndicats participaient aux travaux de ces groupes. Ce n'est plus le cas aujourd'hui et les femmes y sont nettement sous-représentées. Pour satisfaire notre curiosité, nous avons demandé et obtenu du MAECI la liste (2002) des membres de trois de ces groupes sectoriels : Santé et services médicaux, Services, et Environnement. Le Groupe « Santé et services médicaux » comptait trois femmes (sur 19 membres). Elles représentaient le secteur pharmaceutique et celui des hôpitaux. Le Groupe « Services » comptait quatre femmes (sur 20 membres) et aucun membre ne représentait les syndicats, voire les groupes de protection des consommateurs. Le Groupe « Environnement » comptait deux femmes, dont une représentant le Sierra Club du Canada. Certes, l'on prétendra que ces groupes intéressent d'abord le milieu des affaires. Toutefois, considérant leur influence sur les politiques commerciales, ne faudrait-il pas réviser cette impression et ouvrir les GCSCE à d'autres interlocuteurs, dont les femmes?

Le MAECI entretient aussi un dialogue avec deux groupes de consultation qui relèvent directement du cabinet du ministre des Affaires étrangères et du Commerce extérieur : le Conseil consultatif d'Équipe Canada, composé de 20 porte-paroles de l'industrie¹⁶¹, et le Conseil consultatif d'universitaires sur la politique commerciale canadienne, lequel est, pour sa part, formé de spécialistes de la question du libre-échange. Ce groupe est le reflet de la liste d'experts recensés par le MAECI dans le cadre de ses études sur les recherches universitaires en matière de libre-échange. Selon une recension (Mugga, 2002), seulement 5 p. 100 des recherches et opinions sollicitées concernent le domaine social au sens large. Il faut noter de plus que ces deux derniers groupes ne figurent pas au site du MAECI et que leur existence ne peut donc pas facilement être connue du grand public¹⁶².

Les grandes consultations

Depuis 1999, le Parlement canadien a tenu trois grandes consultations publiques consacrées à l'impact du commerce international et régional sur la vie des Canadiens (Parlement, 1999a, 1999b, 2002). Nous avons jugé opportun de vérifier si les questions relatives à la prise en compte du point de vue des Canadiennes sur le commerce tout comme celles de l'analyse comparative selon les sexes de l'impact du commerce avaient été abordées de quelque manière dans le cours de ces travaux.

La consultation de 1999 portant sur l'OMC et le programme du millénaire a donné lieu à plusieurs recommandations faisant écho à l'insatisfaction générale relative au caractère secret et non démocratique des négociations commerciales. C'était aussi le moment « chaud » des débats entourant l'opportunité de l'inclusion d'une clause sociale dans les accords de l'OMC¹⁶³. Plusieurs recommandations ont donné suite à ces préoccupations. Au chapitre de la consultation, les recommandations 1, 4, 5 donnent le ton. Aucune cependant ne comporte d'engagement explicite ou particulier concernant les femmes, leurs droits en général ou leur droit à la consultation et à l'information. Il faut ajouter que des quatre regroupements de femmes étant intervenus aux débats, aucun n'a fait de recommandation en ce sens, non plus que des représentations destinées à promouvoir l'ACS dans les accords de commerce ou encore dans la détermination de la politique commerciale du Canada. Au contraire, les environnementalistes se sont mieux fait entendre. Ainsi, le gouvernement canadien a créé un lieu d'examen et un mécanisme relatif à l'évaluation environnementale des négociations commerciales en cours au sein de l'OMC¹⁶⁴.

Faut-il s'étonner qu'aucun des groupes de femmes ayant comparu devant le CPAECI en 1999 ne se soit présenté lors des audiences du Comité en 2002 portant sur le nouveau cycle de l'OMC? Les recommandations issues de ce plus récent cycle de consultation ont pourtant accordé une importance plus significative au défaut de transparence du processus de négociation des ententes commerciales :

Que le gouvernement du Canada multiplie ses efforts en vue de dégager un consensus à l'OMC sur la création d'un mécanisme parlementaire permanent de l'OMC afin d'associer plus étroitement les parlementaires et les élus au travail de l'OMC, et d'établir une communication entre l'OMC, les citoyens et le public. La constitution d'un tel mécanisme comporte trois éléments : la structure et le financement du mécanisme, la représentation, et le lien organisationnel qui le lierait à l'OMC (Parlement, 2002, recommandation 26).

Encore une fois cependant, les gains ont été plus importants du côté de l'environnement :

Que le gouvernement fédéral propose aux membres de l'OMC que l'Organisation internationale du travail et le Programme des Nations Unies pour l'environnement soient autorisés à fournir directement leurs avis d'experts pendant les négociations (Parlement, 2002, recommandation 28).

Les audiences du CPAECI tenues en 1999 et qui portaient sur l'établissement de la ZLEA ont rapporté des gains encore plus minces du point de vue de la prise en compte des intérêts

et des droits des femmes. Notons que seul le National Action Committee avait alors comparu. Dans le contexte de ces audiences, le CPAECI a choisi de favoriser le respect des normes fondamentales du travail dans les accords de commerce sans même se pencher sur la question du rapport des femmes au commerce et au travail ou encore, sur celle de la pertinence de la Déclaration de 1998 de l'OIT portant sur les droits fondamentaux des travailleurs¹⁶⁵ du point de vue des femmes (Parlement, 1999b, recommandation 10).

En conclusion, nous croyons qu'il n'est pas exagéré d'affirmer que les rapports entre les Canadiennes, le MAECI et le Parlement sont au point mort en ce qui concerne le commerce, exception faite du cas des femmes entrepreneurs¹⁶⁶. Pourquoi? Plusieurs explications sont plausibles :

- le MAECI n'est pas un ministère ayant manifesté un engagement particulier envers l'ACS;
- la méthodologie de l'ACS développée au Canada privilégie une approche thématique et sectorielle qui n'est pas propice à l'analyse comparative selon les sexes des politiques commerciales et des impacts des accords de commerce;
- le MAECI n'a pas envisagé l'élaboration d'une approche proactive et éducative destinée à intéresser les femmes et leurs associations représentatives aux réalités des accords de commerce et aux processus et procédures de consultation ponctuels ou réguliers qui s'y greffent;
- la recherche destinée à favoriser l'analyse comparative selon les sexes des impacts des accords de commerce sur les régulations nationales et infra nationales tarde à venir en ce qui concerne les pays développés;
- les femmes et leurs associations représentatives ne sont ni en mesure de s'intéresser ni intéressées par cette dernière question.

Cette dernière hypothèse nécessite certains commentaires.

Les femmes et le commerce

Au cours de la dernière année, nous avons tenté sans succès d'intéresser certains groupes de femmes à nos travaux, particulièrement au Québec. Cette quête étrange nous a permis de découvrir qu'au-delà de l'opposition significative des femmes à l'effet intégrateur des accords de commerce, ce qui est politiquement légitime, la connaissance technique de ce qu'est un accord de commerce et de ce que sont les règles promues par ces derniers fait largement défaut. Nous ferions peut-être ici une exception en ce qui concerne le chapitre 11 de l'ALÉNA portant sur les investissements et autour duquel de larges pans de la société civile canadienne sont mobilisés. Les associations représentatives des femmes sont plus « naturellement » portées à penser « à l'extérieur de la boîte » qu'à l'intérieur de celle-ci, malgré la réalité de l'intégration économique. Prenons un exemple concret. À toutes fins pratiques, il a été impossible d'organiser un atelier ou une consultation portant directement sur le mécanisme actuel des « listes » de l'AGCS, accord de l'OMC pourtant toujours campé, à tort ou à raison, dans le rôle du « loup dans la bergerie du bien commun ». Cependant, l'implication des femmes et de leurs associations représentatives dans le

processus de rédaction l'Offre conditionnelle initiale que le Canada a déposé en mars 2003¹⁶⁷ auprès de l'OMC aurait pu constituer un laboratoire formateur. Seul un très petit groupe était au fait de cette démarche alors qu'au contraire, le milieu des affaires était mobilisé. Voilà qui prouve que la stratégie du MAECI destinée à consulter en ligne les Canadiennes comporte des limites évidentes. Pourtant, la règle de base est bien connue, pour être utilement consulté, il faut être bien informé.

Dans un tel contexte, on comprend que la question principale que soulève notre étude de cas, à savoir l'analyse de l'impact différencié selon le sexe des accords de commerce sur la réglementation canadienne favorisant l'égalité des femmes, s'est avérée prématurée aux fins de la consultation. Certains chercheurs soupçonnent que l'une des victoires des accords de commerce est de contribuer à créer un effet de paralysie sur la réglementation domestique (Appel Molot, 2002), malgré le texte de ces accords. S'ils ont raison, l'état déficitaire des connaissances des Canadiennes serait d'autant plus dramatique.

Avec l'aide des Services aux collectivités de l'UQAM, institution à laquelle l'auteure du présent rapport appartient, il a été convenu de mettre sur pied une première formation communautaire destinée aux groupes de femmes et portant sur le contenu et les règles générales des accords de commerce. C'est un début. Cette formation vise quatre objectifs : 1) faire connaître les règles de base du commerce international et des accords de commerce que ne cesse de se multiplier; 2) identifier les lieux et les moments de la vie des accords de commerce où les Canadiennes peuvent exiger d'être consultées et utilement entendues afin de faire valoir une perspective de genre dans la politique commerciale du Canada; 3) inciter à l'élaboration d'une méthodologie de base permettant de créer les liens entre les réglementations locales favorables aux femmes et l'impact sur ces dernières des règles et des accords de commerce; et, enfin, 4) généralement démystifier les accords de commerce. Ces objectifs nous semblent préalables à la revendication d'une consultation efficace et systématique en vue de l'élaboration de politiques commerciales respectueuses du droit des Canadiennes à l'égalité et à la dignité. Selon nous, la question se pose ainsi : quelle est la part réelle de l'appauvrissement et de l'exclusion des Canadiennes et qui est imputable au respect par le Canada de ses engagements commerciaux internationaux (Lamarche et al., 2003)?

11. QUELQUES RECOMMANDATIONS

1. Élargir la portée de l'ACS aux politiques et aux engagements commerciaux du Canada en fonction de l'importance des régulations domestiques pour l'égalité des femmes.

Il faut sortir le commerce du MAECI et élargir la portée de l'ACS. Un ministère ou un organisme qui n'est pas un « partenaire naturel » du MAECI (Industrie Canada, par exemple) risque peu d'être informé en temps utile du déroulement des négociations commerciales internationales ou des exigences découlant des engagements commerciaux du Canada qui peuvent influencer la réglementation dont il a la responsabilité de surveillance, du respect et de la mise en oeuvre. Ce même ministère ou organisme, dans l'exercice de l'analyse comparative entre les sexes des impacts de ses politiques et programmes, est peu susceptible de vérifier si les politiques existantes ou projetées qui favoriseraient l'égalité des femmes et l'équité entre les sexes sont conformes aux engagements commerciaux du Canada, particulièrement en vertu des accords de commerce, sauf dans la mesure où il est alerté par la société civile.

Nous recommandons que soit explicitement prévue dans la méthodologie de l'ACS préconisée par Condition féminine Canada l'exigence d'évaluer les enjeux d'une politique, d'un programme ou d'une régulation domestique à l'aune des engagements commerciaux du Canada et ce, afin d'apprécier les impacts de ces engagements sur la capacité d'un ministère ou d'un organisme de sauvegarder de tels programmes susceptibles d'améliorer directement ou indirectement le sort des Canadiennes.

Cette exigence pourrait être assortie d'un mécanisme d'imputabilité ministérielle approprié.

2. Promouvoir des conditions de dialogue effectif entre le MAECI, les Canadiennes et leurs associations représentatives.

Le MAECI dispose de réseaux de consultation utiles auprès du public et du milieu des affaires, dont les Groupes de consultations sectorielles sur le commerce extérieur.

Le MAECI, actuellement coupé des associations représentatives de femmes au Canada, pourrait envisager la participation régulière et statutaire de ces associations aux travaux des GCSCE, notamment par le truchement des comités de condition féminine, des syndicats et des associations professionnelles regroupant un pourcentage important de travailleuses.

3. L'obligation proactive du gouvernement canadien et du MAECI de former et d'informer les Canadiennes.

Dans son dernier Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et intitulé *L'Heure de l'égalité au travail* (BIT, 1999), le Bureau international du travail (BIT) réserve une section de ce rapport à l'intégration des rapports hommes-femmes et à l'audit. Il constate que l'intégration des

préoccupations liées aux rapports de sexe et à l'égalité entre les sexes ne se limite pas à l'interdiction de la discrimination. À titre d'exemple, le BIT reconnaît le faible taux de préoccupation pour les intérêts des femmes au sein de la Commission mondiale sur la dimension sociale, récemment créée (Commission mondiale, 2004). Par ailleurs, les organes de contrôle des instruments des droits de la personne affirment de plus en plus clairement l'obligation proactive des États en ce qui concerne l'égalité entre les sexes.

Lorsqu'il s'agit du commerce international et des engagements commerciaux du Canada, les Canadiennes sont privées d'information utile qui leur permettrait d'apprécier l'impact des accords de commerce sur leurs conditions de vie et sur la réglementation qui promeut leur droit à l'égalité.

Il est essentiel et urgent que le gouvernement du Canada, par le truchement de Condition féminine Canada, facilite le déploiement de mesures de « formation » destinées à accroître la participation et la vigilance des Canadiennes à l'égard des engagements commerciaux auxquels souscrit le Canada.

4. Intensifier la participation des Canadiennes aux travaux du CPAECI.

Il faut intensifier la participation des Canadiennes aux travaux du CPAECI. Les récentes audiences du CPAECI portant sur le commerce international et les intérêts des Canadiens ont été fort peu fréquentées par les associations représentatives des femmes. De 1999 à 2001, cette participation, déjà mince, a décliné. En conséquence, aucune des recommandations du Comité ou du Sous-comité du commerce, des différends commerciaux et des investissements internationaux n'a porté spécifiquement sur les intérêts des Canadiennes non plus que sur la question du droit des Canadiennes à l'égalité ou sur celle de l'équité entre les sexes à l'heure du commerce international.

Le CPAECI doit veiller à susciter une participation éclairée des femmes et de leurs associations représentatives à ses éventuels travaux.

5. La recherche sur les femmes au MAECI.

Le MAECI doit élargir son champ d'analyse afin d'y inclure les dimensions sociales du commerce international. À notre connaissance, aucune étude n'a été faite concernant l'analyse comparative entre les sexes des impacts des politiques et des accords commerciaux qui lient le Canada. Aucun programme de recherche visant de tels objectifs n'existe non plus.

Le MAECI doit dégager les domaines de réglementation nationale qui contribuent à l'égalité entre les sexes et les soumettre à une analyse indépendante en fonction des exigences des accords de commerce. Les politiques d'égalité au travail, les politiques de la santé, les politiques de services de garde et les politiques d'éducation devraient être jugées prioritaires en raison de l'impact quotidien qu'elles ont sur la vie des Canadiennes. Ces recherches devraient faire l'objet d'une large diffusion.

Telles sont, nous semble-t-il, les recommandations minimales qui éviteraient que l'on constate, à nouveau, comme nous avons été appelées à le faire, la totale *disjonction* entre les politiques commerciales, les Canadiennes et les mécanismes nationaux destinés à promouvoir l'égalité des femmes.

La prochaine et dernière section de cette étude est réservée aux recommandations spécifiquement destinées à la sauvegarde du modèle canadien d'équité en emploi, compte tenu des accords de commerce auxquels le Canada est partie et des engagements auxquels il a souscrit en vertu de ces accords. Ces recommandations sont dans plusieurs cas de nature technique et concernent certains accords particuliers de l'OMC et l'ALÉNA. Elles font directement suite à l'analyse des parties précédentes. Sans prétendre proposer ici un modèle « tout aller », nous croyons que les recommandations proposées fournissent un cadre à partir duquel d'autres politiques canadiennes propices à la promotion du droit des Canadiennes à l'égalité pourraient aussi être analysées. On verra que les recommandations proposent des pistes en aval et en amont des politiques commerciales, bien qu'en ce qui concerne l'étude de cas au sujet de laquelle nous concluons, nous ne pouvons que réagir *a posteriori* et constater qu'aucun examen préalable de l'impact des politiques commerciales sur les mécanismes destinés à la protection et à la promotion des droits des Canadiennes au travail n'a été effectué en l'espèce.

12. DES PISTES EN VUE DE LA SAUVEGARDE DU MODÈLE CANADIEN D'ÉQUITÉ EN EMPLOI À L'HEURE DES ACCORDS DE COMMERCE

Les recommandations énoncées dans la présente sous-section sont regroupées en fonction de quatre thèmes : 1) la dynamique de négociation et la négociation des accords de commerce; 2) le renforcement du PCF; 3) le besoin de renforcer et donc d'amender la *Loi sur l'équité en emploi*, et enfin, 4) celui d'intensifier la collaboration entre RHDCC et la CCDP. Ces recommandations tiennent compte des plus récentes évaluations menées en la matière. Plus particulièrement, soulignons le rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées (CPDRHCPH, 2002a), résultat de la première révision quinquennale de la Loi, celui sur l'évaluation du PCF (DRHC, 2002) effectué par RHDCC et enfin, le rapport d'audit indépendant réalisé pour le compte de la CCDP et portant sur la division d'équité en emploi¹⁶⁸. Enfin, rappelons qu'aucune de ces études n'a pris en compte la dimension « commerciale » des mesures d'équité en emploi du point de vue de leur conformité. C'est bien là ce qui importe! Car les recommandations qui suivent supposent selon nous que l'étanchéité qui distingue au Canada l'analyse des politiques dites « domestiques » et celle des politiques commerciales n'est plus viable dans le contexte actuel. De même, l'application du modèle ACS aux politiques « domestiques » ne peut permettre une meilleure prise en compte des effets du commerce sur les femmes parce qu'il isole aussi les politiques « domestiques » les unes des autres et qu'il n'intègre pas la variable « commerce » à chacune de ces analyses.

Négocier et re-négocier le contenu des engagements commerciaux en tenant compte des réglementations internes en matière d'équité en emploi

Il nous est apparu que trois aspects de la problématique de la prise en compte des impacts selon le sexe des accords commerciaux devaient être soulignés ici : la consultation auprès des groupes de femmes; la désagrégation des données relatives à l'emploi des femmes en fonction des engagements commerciaux pris par le Canada et, enfin, le contenu même des engagements et des accords de commerce international ou régional.

La consultation

Notre étude a confirmé le besoin de développer en aval et en amont de la conclusion des accords de commerce et des engagements commerciaux pris par le Canada endroit une méthodologie inter-ministérielle, inter-agence et inter-gouvernementale destinée à la consultation et à l'évaluation concernant les impacts des accords et des engagements commerciaux sur la réglementation ou la régulation domestique propice à la promotion du droit des femmes à l'égalité. Nous classons dans cette catégorie les mesures (législatives ou autres) d'équité en emploi. En matière d'équité en emploi, nous avons conclu que, paradoxalement, les accords de commerce qui lient le Canada exigent le redressement ou l'abandon de telles mesures. Ces mesures sont en effet non pas illégitimes, mais bien plutôt imparfaites tenu des exigences découlant des accords examinés. Une communication avec la CCDP¹⁶⁹ a confirmé que ce thème n'a jamais été abordé, de manière systématique ou accidentelle, entre la CCDP et le MAECI, pour ne parler que de la politique qui nous préoccupe.

6. Le MAECI doit élaborer un système de consultation auprès des autres ministères et organismes fédéraux et auprès des autres échelons de gouvernement afin d'évaluer, AVANT la ratification par le Canada d'un accord commercial, l'impact de cet engagement sur les politiques et les réglementations canadiennes qui contribuent à la promotion du droit des femmes à l'égalité.
7. Cette consultation ne doit pas *a priori* être orientée vers le MAECI, mais plutôt être accessible à tous les interlocuteurs gouvernementaux afin de promouvoir une approche transversale de l'analyse de l'impact des accords commerciaux sur les femmes et sur la réglementation nationale dont dépend la promotion de l'égalité.
8. À la suite de la ratification d'un accord commercial, le MAECI doit inciter chaque organisme et échelon de gouvernement à évaluer le besoin de redresser et d'adapter, en fonction des engagements commerciaux pris, les législations, politiques et programmes susceptibles de concerner les femmes.
9. Dans tous les cas, une attention particulière sera accordée aux législations et programmes directement liés aux droits de la personne et à la mise en oeuvre du droit fondamental des femmes à l'égalité. C'est le cas en ce qui concerne la *Loi sur l'équité en emploi* et le PCF, dont la mise en oeuvre dépend en premier lieu de RHDCC et de la CCDP.
10. Plutôt que d'instituer le MAECI seul responsable de la prise en compte des effets différenciés selon le sexe des accords de commerce, le gouvernement doit concevoir le rôle du MAECI comme étant celui d'un responsable de « vigie », laquelle serait de la responsabilité de chaque organisme et ministère.
11. Cette responsabilité spécifique du MAECI pourrait être décrite comme constituant l'une des applications spécifiques de la méthode ACS préconisée par Condition féminine Canada au MAECI.

Il nous est apparu que cette déclinaison innovatrice de l'analyse comparative entre les sexes et selon le sexe des accords de commerce constitue la meilleure garantie contre le risque d'immobilisme réglementaire dont on présume qu'il est induit des accords de commerce. Ainsi, la particularité des politiques canadiennes en matière de promotion du droit des femmes à l'égalité en emploi ne serait pas remise en cause « par défaut ».

La désagrégation des données relatives à l'emploi des femmes et les engagements commerciaux

Le modèle canadien de l'équité en emploi dépend de certaines réalités propres à la structure des entreprises : leur taille (100 employés ou plus), leur secteur d'activités (de compétence fédérale). La nouvelle donne économique a déjà porté atteinte aux postulats de ce modèle : les entreprises se fractionnent et l'emploi des femmes s'éclate en fonction du lieu de travail et de la forme du travail (travail à domicile, à temps partiel, travail autonome). Cela comporte des conséquences en ce qui concerne la capacité des femmes d'obtenir leur juste

part de la richesse-emploi et des emplois de qualité équivalente à ceux qui leur furent historiquement dédiés par le truchement des mesures d'équité en emploi. De plus, les récentes données indiquent que le « nouvel » emploi des femmes croît dans certains secteurs spécifiques, dont bien sûr, celui des services.

Les accords de commerce auxquels le Canada est partie supposent la détermination par le Canada (dans un rapport international « donnant-donnant », il va sans dire) de paramètres spécifiques dont la fonction est de délimiter les secteurs et les sous-secteurs de commerce qui seront soumis ou non aux nouvelles règles des accords ratifiés. Des secteurs peuvent être progressivement libéralisés ou être maintenus à l'écart de la libéralisation recherchée. Cette négociation n'est pas arrêtée une fois pour toutes, mais plutôt de nature constante. Il y a des rondes de négociations. La recherche gouvernementale a eu tendance à présumer que la libéralisation est nécessairement bonne pour l'emploi des femmes parce qu'elle promeut la croissance économique et dans certains cas, la croissance de l'emploi en termes absolus. Cependant, rien ne nous permet de croire que dans la foulée de cette affirmation, une attention particulière a été portée au lien entre le type et les secteurs d'entreprises présentes au Canada et qui sont touchées par ce mouvement de libéralisation et l'accès des travailleuses au bénéfice des mesures d'équité en emploi. On peut en effet créer de l'emploi, mais il est moins évident de créer des emplois de qualité dans des entreprises et dans des secteurs soumis aux mesures d'équité en emploi. De même, on peut promouvoir l'emploi féminin, mais quel est l'effet de la libéralisation sur les secteurs et la taille des entreprises susceptibles de fournir de l'emploi aux femmes?

Dans le cas de l'AMP, le mouvement de libéralisation, encore fort modéré, tend à permettre à des entreprises étrangères opérant à l'étranger d'obtenir des contrats publics de fourniture de biens ou de services. Dans ce contexte, le Canada peut choisir les entités gouvernementales et la nature des contrats qui seront soumis à cette libéralisation. Selon ces choix, l'emploi féminin en entreprise soumissionnaire et la qualité des emplois ainsi créés au Canada varieront. Or, plus les marchés publics sont ouverts aux entreprises étrangères, moins le PCF est efficace. Il ne concerne en effet que les entreprises opérant au Canada et embauchant plus de 100 employés.

Un troisième point doit être soulevé ici. Il existe au Canada un programme réservant aux populations autochtones le bénéfice de certains marchés publics. C'est la SAEA dont il a été question dans la première partie de cette étude. On peut espérer que ce programme bénéficie aux femmes autochtones directement (femmes entrepreneures) ou indirectement (femmes employées par des entreprises autochtones), mais les données ne sont pas disponibles à cet effet. Quoi qu'il en soit, nous avons été surprises de constater que le gouvernement fédéral, et plus particulièrement le MAECI, ne considère pas ouvrir ce programme aux femmes entrepreneures en général. Comme nous l'avons dit, rien dans la Note assortissant la ratification par le Canada de l'AMP ou de l'ALÉNA n'interdirait une telle exploration. De plus, la SAEA offre suffisamment de garanties de transparence et d'équité pour qu'on ne puisse pas prétendre qu'un tel programme destiné aux femmes en général contrevienne aux règles de l'AMP ou de l'ALÉNA. À cet égard, c'est le point mort... parce que, semble-t-il, les petits entrepreneurs préfèrent les bénéfices de la libéralisation et ceux des règles fixées par l'AMP. Mais qu'en est-il des femmes?

Tous les croisements exposés ci-dessus sont sans réponse. Le gouvernement fédéral possède, certes, des données générales sur l'emploi, mais il n'a pas procédé à des analyses permettant de déterminer comment la libéralisation de secteurs d'industrie rend plus ou moins accessibles aux travailleuses les mesures d'équité en emploi, à titre de régulation domestique contribuant à la promotion du droit des femmes à l'égalité.

12. Dans tous les cas où le gouvernement fédéral et le MAECI mettent en branle des processus de consultation et de négociation destinés à la détermination ou à l'accroissement des secteurs et des sous-secteurs d'industrie canadiens soumis à la libéralisation, une analyse devrait être menée afin de déterminer l'impact de la libéralisation projetée sur la portée de la *Loi sur l'équité en emploi* et du PCF. À titre d'organisme responsable de la vérification des plans d'équité en emploi en entreprise, la CCDP pourrait informer le MAECI de manière utile à cet égard. À titre de ministère responsable de la *Loi sur l'équité en emploi*, il en va de même de RHDCC.
13. L'augmentation éventuelle du nombre d'entités gouvernementales ou sous-gouvernementales soumises aux règles de l'AMP, de même que la révision des types de biens et de services achetés par les entités et qui sont exclus de cet accord, devraient être soumises au même examen.
14. Le gouvernement fédéral et le MAECI devraient songer à entreprendre une consultation destinée à évaluer l'intérêt au sein de la communauté des femmes propriétaires de petites et de très petites entreprises au Canada de bénéficier de la position canadienne envers l'AMP et l'ALÉNA et qui prévoit que ces accords ne sont pas applicables aux marchés réservés aux petites entreprises et aux entreprises détenues par des minorités.

Choisir d'influencer l'interprétation de l'AGCS, de l'AMP et de l'ALÉNA

Au fil de cette étude, nous avons souligné que les questions environnementales reçoivent plus d'attention que celles liées aux droits humains dans les textes des accords de commerce. Sans doute l'exemple le plus éloquent est-il celui de l'article 1114(1) de l'ALÉNA, qui prévoit la possibilité pour les États parties d'adopter légitimement des mesures de sauvegarde susceptibles de contrevenir au texte de l'ALÉNA en matière de santé et de sécurité publiques ou d'environnement. Comment donc sauvegarder, dans un contexte de silence, les mesures d'équité en emploi qui existent au Canada? Certains véhicules prévus par les accords de commerce sur lesquels nous nous sommes penchés pourraient contribuer à rendre plus évidente et plus probante la légitimité de telles mesures dans la foulée de l'interprétation des accords de commerce. Rien n'interdit que le Canada contribue au développement d'une certaine « pratique d'États » destinée à affirmer une telle légitimité.

Les États parties à l'ALÉNA ont eu recours de telles méthodes (la Note interprétative) lorsqu'ils ont senti que le chapitre 11 pouvait constituer une menace à la légitimité des réglementations internes qui n'auraient pas l'heur de plaire aux investisseurs. En recourant aux standards du droit international et à la coutume, ils ont affirmé indirectement que le

développement de ces derniers ne signifie pas que l'action régulatrice exercée de bonne foi par un État équivaut à une expropriation directe ou indirecte des investissements étrangers¹⁷⁰.

Dans le contexte de l'OMC, certains ont « tourné autour du pot » à la suite de la ratification des accords multilatéraux, tel l'AGCS. On prenait alors la parole pour bien faire comprendre qu'en aucun cas, les mesures proactives d'équité en emploi ne contrevenaient aux règles de l'AGCS. Il y avait donc un malaise.

Il nous semble que le Canada, avec d'autres États promoteurs de pratiques et de mesures proactives d'équité en emploi entre autres destinées aux femmes, devrait transporter sur la scène internationale ses acquis nationaux afin d'éviter des dérapages non anticipés. Certains moyens sont à sa disposition pour ce faire. De plus, la pratique canadienne d'équité en emploi, tout comme d'autres programmes destinés à la promotion sociale des groupes défavorisés, a reçu l'aval des gouvernements provinciaux et territoriaux qui n'ont pas hésité à affirmer dans l'ACI que de tels programmes expriment des objectifs légitimes justifiant des dérogations non discriminatoires aux règles prévues par l'Accord¹⁷¹.

15. Dans tous les forums institutionnels disponibles, et plus particulièrement au sein de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA, le Canada devrait saisir toutes les occasions propices d'affirmer que les programmes canadiens d'équité en emploi, tout comme l'ensemble des programmes destinés à la promotion sociale des groupes défavorisés, constituent un exercice raisonnable et légitime du droit du Canada de réglementer afin de mettre en oeuvre le droit fondamental à l'égalité en emploi de tous et de toutes.
16. En ce qui concerne l'OMC, le Canada pourrait envisager de saisir l'occasion que représente le dépôt des rapports périodiques auprès de l'Organe d'examen des politiques commerciales (OEPC)¹⁷² afin de réitérer la légitimité des mesures canadiennes d'équité en emploi.
17. En ce qui concerne l'OMC, le Canada pourrait songer à soumettre au Groupe de travail des règles de l'AGCS le besoin d'affirmer que de telles mesures sont légitimes et que les règles de l'AGCS ne contreviennent pas à la capacité d'un État de les renforcer¹⁷³.
18. Enfin, le Canada pourrait envisager, si l'occasion lui en est donnée, de bonifier l'Offre conditionnelle initiale en vertu de l'AGCS, qu'il a déposée en mars 2003 et qui n'est pas un document final. Cette bonification pourrait avoir pour objet l'introduction, au chapitre des engagements horizontaux qui accompagnent l'offre de sous-secteurs offerts à la libéralisation, d'une précision à l'effet que le bénéfice du traitement national ne sera possible que dans le cas où les entreprises étrangères embauchant au Canada respectent la réglementation relative à l'équité en emploi.

Le renforcement du Programme de contrats fédéraux

Comme nous l'avons déclaré dans la première partie de cette étude, le PCF est un programme mal aimé et en quelque sorte, laissé à lui-même. RHDCC reconnaît¹⁷⁴ son impact marginal sur l'emploi des groupes désignés au sens de la *Loi sur l'équité en emploi*. La dernière chose que souhaitent les entreprises soumissionnaires de marchés publics qui ne sont pas par ailleurs soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*, c'est le respect de la Loi elle-même! En effet, l'article 42(2) de la Loi prévoit qu'il est de la responsabilité du ministre responsable de la Loi de voir à ce que les obligations des entreprises soumissionnaires de marchés publics ou qui sont de compétence fédérale, dans la mesure où elles embauchent au moins 100 employés, soient *équivalentes*. Il n'y a à l'heure actuelle aucune équivalence entre les obligations de l'un et de l'autre groupe. Les soumissionnaires ne sont tenus qu'à un vague engagement de réaliser l'équité en emploi alors que les entreprises soumises à la Loi doivent se soumettre à l'entier processus de vérification menant à l'émission du certificat de vérification par la CCDP. Ce ne sont pas les entreprises soumissionnaires de marchés publics qui se plaindront de l'État actuel des choses. Ce sont encore moins celles qui sont sous contrôle étranger et qui, bien que bénéficiant des avantages prévus par l'AMP, ne peuvent décemment conclure que le PCF constitue un obstacle de quelque nature dans la conduite de leurs affaires. Pour des raisons d'efficacité et d'équité strictement liées au programme, le ministre doit donc mettre en oeuvre les dispositions de l'article 42(2) de la *Loi sur l'équité en emploi*. Cela va de soi.

Que se passe-t-il donc sous les cieux du PCF? La réponse s'impose : le gouvernement est atteint d'inertie. S'agit-il de cet effet paralysant auquel réfère la professeure Appel Molot¹⁷⁵ et qui consisterait à décrire l'effet général d'inertie réglementaire à l'ère des accords de commerce au sein des pays développés? Cela n'est pas évident. RHDCC, dans son évaluation récente du PCF (DRHC, 2002), tout comme le CPDRHCPH (2002a), concluent qu'il faut encourager la mise en oeuvre de l'article 42(2) de la Loi et la création d'obligations *équivalentes* pour toutes les entreprises concernées par les programmes d'équité en emploi. Ces conclusions ne sont d'aucune manière inspirées de la prise en compte des exigences de l'AMP, mais plus simplement de constats nationaux. Pourtant, les entreprises, et surtout celles qui n'ont pas été de la première vague d'implantation des programmes d'équité en emploi, dont les banques canadiennes, résistent. Le groupe des résistants est constitué de nouvelles venues, mais aussi de plus petites entreprises. Or, comme l'a souvent fait remarquer la CCDP, ce dernier groupe varie plus rapidement à l'heure d'une économie libéralisée. Il est aussi plus « étranger » à la culture de l'équité en emploi en entreprise et en accepte moins bien la pertinence.

Chose certaine, cette grogne des entreprises n'est pas sans influencer les décideurs. Cela explique l'extrême timidité de la réponse du gouvernement du Canada après l'examen de la *Loi sur l'équité en emploi*¹⁷⁶. À toutes fins pratiques, cette réponse ne comporte aucun engagement significatif.

De deux choses l'une : ou le PCF demeurera un programme insignifiant au Canada, ou, pour survivre à la logique des engagements commerciaux du Canada sur la scène internationale, et plus particulièrement en ce qui concerne l'AMP, il faudra sérieusement songer à le

renforcer. À cette fin, et afin d'assurer la conformité du PCF à l'AMP, deux recommandations s'imposent.

19. **La ministre du Travail doit donner suite aux dispositions de l'article 42(2) de la *Loi sur l'équité en emploi* qui prévoit son obligation de veiller à l'imposition d'obligations équivalentes entre les entreprises soumises à la Loi et celles uniquement soumises aux exigences du PCF.**
20. **Les *contrats de marchés publics* doivent prévoir l'obligation contractuelle des entreprises soumissionnaires à qui des marchés publics sont octroyés de (1) mettre en oeuvre des programmes d'équité en emploi conformes à ceux prévus par la *Loi sur l'équité en emploi* ou (2) de respecter cette Loi.**

La révision de la *Loi sur l'équité en emploi*

Dans la partie 2 de la présente étude, nous croyons avoir démontré qu'en général, les accords de commerce, et plus particulièrement l'AGCS, imposent à la réglementation nationale un standard de transparence jamais égalé auparavant. Nous avons aussi affirmé et démontré que l'AGCS ne remet pas en cause des lois comme celle sur l'équité en emploi. Toutefois, il exerce sur le modèle canadien des pressions particulières au chapitre de la transparence dans la gestion de la loi. Contrairement à ce qui est souvent affirmé, le Canada n'est donc pas au-dessus de tout reproche à cet égard. Évidemment, plus les modèles législatifs sont complexes, et c'est le cas de la *Loi sur l'équité en emploi*, plus les reproches sont à portée de voix en ce qui concerne le respect des accords de commerce.

La révision quinquennale de la *Loi sur l'équité en emploi* dont a émané le Rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées de la Chambre des communes en juin 2002 comporte plusieurs recommandations destinées à assurer une telle transparence. Certes, ces recommandations ne sont pas fondées sur une analyse des accords de commerce et de leurs exigences, mais elles convergent vers les exigences de ces dernières. Les recommandations qui suivent nous semblent constituer les aménagements nécessaires afin de rendre la *Loi sur l'équité en emploi* conforme, entre autres, aux obligations de transparence de la réglementation domestique prévues par l'AGCS.

21. **La méthodologie en 12 étapes¹⁷⁷ destinée à l'implantation et à la vérification du Plan d'équité en emploi promue par la CCDP doit être éclaircie et définie dans la Loi. Plusieurs entreprises prétendent en effet que cette exigence excède la compétence de la CCDP.**
22. **L'article 11 de la *Loi sur l'équité en emploi*, qui stipule que l'employeur doit veiller à la réalisation de progrès raisonnables en fonction du plan d'équité en emploi accepté par la CCDP, doit être amendé afin de préciser que l'employeur a l'obligation d'accomplir des progrès raisonnables.**

23. L'article 10(1)(a) de la *Loi sur l'équité en emploi* prévoit que l'employeur doit prévoir dans le plan d'équité en emploi, des usages positifs en matière de recrutement, de formation, de promotion et de maintien en fonction des membres des groupes désignés afin de corriger à long terme les sous-représentations. L'expression « usages positifs » doit être précisée afin d'indiquer clairement l'obligation de l'employeur d'assortir les objectifs numériques d'un plan d'équité en emploi de mesures qualitatives spéciales destinées à chacun des groupe désigné par la Loi, dont les femmes.
24. Les articles 25 à 28 de la Loi doivent être amendés afin d'éclaircir la compétence du Tribunal de l'équité en emploi et de permettre à la CCDP de saisir plus rapidement le Tribunal quand une entreprise refuse de négocier de bonne foi le plan d'équité en emploi ou les conditions de son suivi ou lorsque l'employeur ne donne pas suite de bonne foi à un ordre émis par la Commission. Les conditions de saisine du Tribunal de l'équité en emploi devraient aussi être précisées.

Selon la CCDP, les rapports avec les entreprises sont souvent ardu, et ce, dès le démarrage du processus de vérification du plan d'équité en emploi. Les principaux irritants sont les suivants :

- l'exigence de la Commission de reprendre l'exercice d'auto-identification des membres des groupes désignés afin d'obtenir des données plus fiables sur la composition de la main-d'oeuvre en entreprise;
- les discussions entourant la suppression des obstacles afin d'obtenir une politique de dotation équitable;
- les discussions entourant l'identification des bassins géographiques et des bassins de disponibilité appropriés aux fins du recrutement;
- la détermination des objectifs numériques de recrutement à être atteints;
- l'identification des pratiques positives destinées à assurer une représentation équitable des membres des groupes désignés au sein de l'entreprise;
- les modes de transmission de l'information relative à l'implantation du plan d'équité en emploi destinées aux effectifs.

Les entreprises ne se prêtent pas gaiement à l'exercice de l'équité en emploi et il serait inacceptable d'encourager ce débat en le transposant dans l'arène des accords de commerce. Ces difficultés, de surcroît, retardent le délai d'émission du certificat de vérification (environ deux ans selon les rapports annuels de la Commission). Le récent audit réalisé au sein de la Division de l'équité en emploi de la CCDP par des vérificateurs externes révèle d'ailleurs que les entreprises sont mécontentes des ambiguïtés entourant les compétences de la Commission¹⁷⁸. Ambiguïté et retards ne sont pas les meilleures garanties de longévité d'une politique sociale à l'heure des accords de commerce!

Si elles sont destinées à améliorer le sort de tous les groupes désignés, nos recommandations ont une signification particulière dans le cas des femmes. En effet, les femmes ont enregistré

des progrès significatifs sur le marché du travail en raison de l'existence des mesures d'équité en emploi. De plus, certaines pratiques se déploient maintenant en entreprise, lesquelles leur sont d'abord destinées : le temps flexible, la conciliation travail-famille, etc.

Cependant, plusieurs sont plutôt enclins à penser que la *Loi sur l'équité en emploi* a « fait son temps », maintenant que les grandes entreprises ont reçu la certification du plan initial d'équité en emploi. Cette vision pour le moins optimiste laisse en suspens des enjeux importants : qu'en sera-t-il du suivi de ces plans? Qu'advient-il des mesures qualitatives destinées entre autres aux femmes? Comment sera contrôlé l'atteinte des objectifs numériques prévus par le plan d'équité en emploi?

Notre recherche ajoute une autre question à ces incertitudes : y a-t-il un lien, même indirect, entre l'absence de volonté politique de renforcer la *Loi sur l'équité en emploi* et l'arrivée des accords de commerce? À notre avis, il existe au moins un lien idéologique entre les deux événements. Avec l'ère de la libéralisation des échanges commerciaux vient celle de l'autorégulation des entreprises. Or, l'analyse du récent rapport de vérification et d'audit externe de la Division de l'équité en emploi de la CCDP révèle à cet égard des éléments importants. Le manque des ressources chroniques auquel fait face la CCDP, de même que RHDCC, joint aux pressions issues de la promotion d'une approche conciliatrice, limitent la marge de manoeuvre de ces deux entités face aux entreprises. Toutefois, l'expérience des années 1986-1996 a fait la démonstration des limites d'une telle approche.

25. La CCDP doit conserver intact le mandat que lui confie la Loi aux fins du suivi des plans d'équité en emploi. Les rapports annuels que déposent auprès de RHDCC les entreprises soumises à la Loi ne sauraient s'y substituer.

13. CONCLUSION

Cet enchevêtrement de considérations a un fil conducteur qui démontre l'existence d'un lien entre les exigences découlant des accords de commerce, les droits de la personne et les droits des femmes. En effet, si les employeurs semblent prêts à accepter à titre de principe général du droit et de la règle de droit l'interdiction de la discrimination, ils manifestent de plus en plus leur insatisfaction en regard des modèles de deuxième génération qui sont de nature proactive. Le silence du législateur est éloquent. Laissera-t-il s'étioler l'équité en emploi au Canada? À défaut d'en renforcer la légitimité, tant sur la scène nationale qu'internationale, cela ressemble à un objectif poursuivi « par défaut ». Pourtant, les recommandations que nous soumettons n'ont rien de révolutionnaire. Celles qui concernent directement la *Loi d'équité en emploi* ou le PCF auraient probablement été jugées souhaitables en 1995, date d'entrée en vigueur de l'actuelle *Loi sur l'équité en emploi*. Aujourd'hui, nous n'en sommes plus si certaines. Pourquoi?

Où mènera le silence du législateur et des décideurs? De quelle nature est ce silence? Nous ne cacherons pas avoir été intriguées par la question que posait, dans le cadre du colloque de Carleton portant sur l'ALÉNA et le chapitre 11, la professeure Appel Molot¹⁷⁹ : les accords de commerce engendrent-ils un effet de paralysie réglementaire au niveau national? En conclusion, nous serions tentées de répondre : probablement.

Les accords de commerce changent l'état d'esprit des entreprises et des décideurs. D'un point de vue idéologique, ils croient, consciemment ou inconsciemment, avoir de « nouveaux droits ». Le droit d'échapper ou de se soustraire à la réglementation nationale n'existe pourtant pas. Cependant, lorsqu'on jette un regard intéressé au travail des institutions, telle la CCDP qui doit au quotidien interagir avec les entreprises dans un rapport d'autorité, on constate que cette idéologie des « nouveaux droits » fait son chemin. L'obstruction exercée par les entreprises croît... et la légitimité des institutions décroît. Ce drame discret se joue loin des tribunes altermondialistes. À vrai dire, on peut à peine le saisir si l'on n'examine pas au cas à cas les situations.

Voilà le type de questions auxquelles, selon nous, les associations de femmes devront consacrer une attention plus soutenue. Nous espérons que cette étude les y incitera.

En terminant, nous espérons aussi avoir transmis aux associations représentatives des Canadiennes et des Québécoises le goût d'entreprendre d'autres études de cas qui révéleraient de manière empirique la nature précise des risques encourus par les politiques et réglementations domestiques nécessaires à la protection et à la promotion du droit des femmes à l'égalité. Cette première étude est loin d'être parfaite. Nous en sommes conscientes. Elle nous a laissés aussi sur notre appétit. Nous estimons cependant avoir modestement contribué à la venue d'une nouvelle génération d'études sur les femmes et sur les accords de commerce. À constater comment nos questions ont été parfois accueillies, il est inutile de nier qu'il existe un malaise à dissiper en l'espèce.

ANNEXE I : LE CLASSEMENT DES ENTREPRISES VISÉES PAR LA LOI SUR L'ÉQUITÉ EN EMPLOI DE RHDCC

Les six indicateurs reposent sur les données numériques remises annuellement par les employeurs dans le cadre de leur rapport à RHDCC. Des points sont attribués aux différents indicateurs pour un total maximum de 16. Le résultat est par la suite transféré en notation littérale globale qui représente la performance de l'entreprise face à l'ensemble des indicateurs.

Indicateur 1 : Représentation

Compare la représentation des groupes désignés à l'intérieur de l'entreprise à leur disponibilité externe.

Indicateur 2 : Concentration

Détermine la représentation des groupes désignés dans les différentes catégories d'emploi de façon à voir s'il y a surreprésentation (concentration) dans certaines catégories d'emploi

Indicateur 3 : Écart salarial

Évalue la répartition des groupes désignés à travers l'échelle salariale d'une entreprise.

Indicateur 4 : Recrutement

Compare le recrutement des membres des groupes désignés et leur disponibilité sur le marché de l'emploi.

Indicateur 5 : Promotion

Mesure si les groupes désignés reçoivent une part équitable des promotions en vertu de leur représentation au sein de l'entreprise.

Indicateur 6 : Cessation d'emploi

Fait la comparaison entre, d'une part, le pourcentage de cessation d'emploi chez les membres des groupes désignés et leur représentation globale dans l'entreprise et, d'autre part, le pourcentage de cessation d'emploi pour l'ensemble de la force de travail.

Indice des bonnes pratiques (IBP)

À la notation effectuée à partir des statistiques remises dans le cadre du rapport annuel s'ajoute, depuis l'année civile 2001 (RHDCC, 2001), une notation sur le rapport narratif.

L'IBP est noté sur cinq. L'employeur obtient un premier point s'il remet son rapport à temps, trois autres points si son rapport rend compte des mesures prises, des résultats obtenus et des consultations effectuées. Finalement, l'employeur obtient un dernier point s'il tente d'expliquer les écarts anormaux notés dans ses résultats statistiques ou encore si ses résultats cadrent avec ceux des années antérieures. Il faut noter que selon les indications même du ministère, ce n'est pas RHDCC qui vérifie le contenu des comptes rendus envoyés par les employeurs. Cette tâche revient à la CCDP.

ANNEXE II : LES 12 ÉTAPES DE LA VÉRIFICATION PAR LA CCDP DE LA CONFORMITÉ DE LA DÉMARCHE D'ADOPTION ET D'IMPLANTATION DU PLAN D'ÉQUITÉ EN EMPLOI

ÉTAPE 1 : l'enquête sur l'effectif et la collecte des données

L'art. 18(4) de la Loi prévoit l'administration d'un questionnaire d'auto-identification *volontaire* relatif à l'appartenance à un groupe désigné par la Loi. En vertu de cette étape, il n'est pas impossible que l'employeur doive reprendre, à la demande de l'agent vérificateur, l'exercice d'auto-identification dans le cas où le taux de réponse au sein de l'entreprise serait trop faible.

ÉTAPE 2 : l'analyse de l'effectif

Pour chaque catégorie professionnelle, l'employeur doit comparer avec la représentation interne les parts de cessation de fonctions et de promotions des membres des groupes désignés. Le but de l'exercice serait donc plutôt d'ordre numérique et ne se démarque pas, *a priori*, de l'enquête annuelle menée par RHDCC. Cependant, le suivi des plans d'équité permettrait, dans le cas de l'occurrence d'une sous-représentation par cessation de fonctions apparaissant dans une catégorie professionnelle donnée, d'introduire des éléments pour dégager les causes de ces cessations de fonctions.

ÉTAPE 3 : l'étude des systèmes d'emploi

Bien que le *Règlement sur l'équité en emploi* ne le précise pas, le système d'emploi s'entend, selon le document cadre adopté par la CCDP, de l'ensemble des politiques et pratiques concernant le recrutement, la sélection, l'embauche, la formation, le perfectionnement, l'avancement, le maintien en fonction et les cessations de fonctions ainsi que les mesures d'adaptation. Conformément à l'article 9(1)(d) et (e) du Règlement, les fluctuations relatives aux parts de cessation de fonction feront l'objet d'un examen spécifique que peut ordonner le vérificateur, si elles dépassent en général la représentation interne.

ÉTAPE 4 : la suppression des obstacles à l'atteinte de l'équité en emploi

ÉTAPE 5 : les mesures d'adaptation

Les mesures d'adaptation devraient viser à la fois les questions d'accessibilité et l'ensemble du processus de dotation. Lorsqu'il discute de cette exigence avec l'employeur, l'agent doit veiller à ce que celui-ci comprenne que l'obligation d'adaptation concerne tous ses employés et tous les candidats ayant des besoins spéciaux.

ÉTAPE 6 : les politiques et pratiques positives

Cette étape est cruciale. En effet, l'agent se voit confier le mandat d'exiger de l'employeur, s'il y a lieu, qu'il évalue la pertinence et l'opportunité des pratiques et politiques jugées utiles à l'atteinte de la représentation équitable. Il n'appartient pas à l'agent vérificateur de dégager ces pratiques et politiques, mais bien plutôt d'exiger la preuve de leur pertinence et de leur utilité. Le certificat de conformité à la Loi, ultime étape du processus de vérification, peut donc être soumis à des exigences qualitatives.

Ces politiques et pratiques ont une portée dite universelle plutôt que ciblée et se destinent à l'ensemble de la main-d'oeuvre. Toutefois, la consultation du *Guide de procédures et de référence en matière d'équité en emploi* révèle une forte incitation à l'endroit des agents vérificateurs afin qu'ils insistent sur l'importance des politiques de conciliation travail-famille et d'horaires flexibles.

ÉTAPE 7 : *les objectifs de recrutement et d'avancement.*

ÉTAPE 8 : *les objectifs de représentation.*

ÉTAPE 9 : *le suivi, l'examen et la révision du Plan.*

ÉTAPE 10 : *l'information à fournir à l'effectif.*

ÉTAPE 11 : *la consultation.*

ÉTAPE 12 : *la tenue des dossiers.*

ANNEXE III : LE RAPPORT DE VÉRIFICATION DE LA BANQUE DE HONG KONG RÉDIGÉ PAR LA CCDP

Trois types d'informations ont été retirées du rapport transmis :

- **la revue des systèmes d'emploi** : cette section contient les motifs invoqués par l'employeur afin d'expliquer la sous-représentation des groupes cibles. Elle contient aussi l'analyse de l'agent de la CCDP quant aux motifs invoqués par l'employeur ainsi que ses propres conclusions quant à cette sous-représentation;
- **les données numériques sur la sous-représentation** : ces données sont présentées sous forme de tableau. Ce tableau contient, pour chaque groupe, cible les éléments suivants : 1- les groupes occupationnels, 2- le nombre total d'employés par groupe, 3- la représentation des femmes en nombre et en pourcentage pour chaque groupe, 4- la disponibilité globale des femmes pour ce groupe en fonction d'une zone cible, ce en nombre et en pourcentage, 5- les niveaux de représentation. Dans la version censurée du tableau que nous avons obtenue, les colonnes 4 et 5 ont été effacées, pour tous les groupes cibles;
- **les objectifs de promotion et d'embauche** : ces objectifs sont fixés à partir de la sous-représentation des groupes cibles.

Afin de soustraire certains renseignements du rapport transmis, la Banque de Hong Kong devait démontrer que cette information était de nature exclusive et impossible à obtenir autrement. Ce ne pouvait être le cas en ce qui concerne les données sur le nombre d'employés par groupes occupationnels ni même en ce qui concerne les données globales sur la disponibilité des groupes cibles. Toutes ces données sont affichées au site de RHDCC. Ce ne pouvait être le cas non plus des autres éléments du rapport portant sur les mesures d'élimination des barrières, sur les mesures d'accommodement et sur les pratiques positives, éléments déjà rendus publics de façon générale par le rapport narratif contenu dans les rapports annuels transmis à RHDCC. Que reste-il donc? La délimitation des zones cibles!

Afin de calculer les taux de disponibilité des membres des groupes cibles dans une catégorie d'emploi donnée, l'entreprise doit délimiter une zone géographique où elle entend faire son recrutement. Cette zone est choisie **exclusivement** par l'entreprise, sous réserve de correctifs apportés par les vérificateurs de la CCDP. Sans cette information, il est impossible pour un tiers de calculer avec certitude quel est le taux de disponibilité, car ce dernier varie d'une région à une autre du Canada. Par exemple, le taux de disponibilité des femmes pour les postes de cadre supérieur est de 21,2 p. 100 à Toronto et de 17,5 p. 100 à Montréal. Et il est bien sûr impossible de savoir où exactement l'entreprise recrute ses cadres. En prenant pour acquis que l'information concernant le choix des zones cibles n'appartient pas au domaine public, que ce renseignement a une « valeur » aux yeux de la Banque et que cette dernière l'a toujours traité confidentiellement, ce qui semble être le cas, toutes données obtenues à partir de ce choix peuvent donc devenir à leur tour confidentielles. D'où l'absence de données concernant la sous-représentation dont le calcul dépend du taux de disponibilité. Pourront aussi être exclus les objectifs d'embauche, puisqu'ils basés sur la sous-représentation.

Au risque d'une interprétation purement spéculative, nous croyons que le cas de cette entreprise révèle un profond malaise issu des objectifs recherchés par la *Loi sur l'équité en emploi*. À l'évidence, la Banque de Hong Kong a choisi de protéger sa stratégie de recrutement des cadres supérieurs, voire de ne pas révéler que ce recrutement stratégique s'opère indépendamment des exigences posées par la *Loi sur l'équité en emploi*, y compris en ce qui concerne la présence de femmes aux postes de direction. Le recrutement « outre-mer » de cadres supérieurs masculins fait partie de nos hypothèses.

ANNEXE IV : L'EXAMEN DE LA LOI SUR L'ÉQUITÉ EN EMPLOI SOUMIS AUX EXIGENCES DES ACCORDS DE COMMERCE : DES QUESTIONS

L'exercice de révision quinquennale que vient d'achever le Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées a révélé la faiblesse des moyens dont dispose la CCDP pour mener à terme une vérification conforme aux objectifs de la Loi, l'insuffisance de ses ressources à cette fin et les effets négatifs issus de la confusion des mandats confiés d'une part à RHDCC et d'autre part à la CCDP. Cet examen a aussi révélé la préférence des entreprises pour la procédure de rapport auprès de RHDCC. Enfin, les entreprises ont dénoncé poliment l'imprévisibilité (pour utiliser leurs termes) des étapes du processus de vérification mené par la CCDP selon le mandat que lui confie la *Loi sur l'équité en emploi*. À cette imprévisibilité s'ajoutent des frustrations issues de la lenteur du processus de vérification, des coûts impliqués pour l'entreprise et des incertitudes de la transaction (sur l'identification des bassins de recrutement de la main-d'œuvre, par exemple) conclue dans certains cas entre l'entreprise et la CCDP aux fins de l'émission du certificat de vérification. Toutefois, nul intervenant au cours de ce processus n'a remis en question la pertinence de la Loi ou encore du modèle canadien de l'équité en emploi. À l'évidence, cette confirmation du besoin de la *Loi sur l'équité en emploi* constitue une bonne nouvelle pour les femmes, mais plus particulièrement pour celles issues des groupes de minorités visibles ou pour les femmes handicapées, qui souffre de la double (sexe-handicap / sexe-race) discrimination en emploi.

Les entreprises (sous contrôle étranger, mais aussi canadiennes dans certains cas) peuvent désormais prétendre, en raison des engagements pris par le gouvernement canadien au chapitre des accords de commerce, à de nouvelles attentes dans le cours de leurs affaires. Plus particulièrement, et de manière générale, elles ont le droit de bénéficier d'un milieu commercial non discriminatoire, transparent, prévisible, et libéré d'obstacles et d'exigences qui sont étrangers au commerce. Dans ce contexte, quels sont les risques pour la *Loi sur l'équité en emploi* qui sont issus du diagnostic récemment posé par le Comité permanent?

Plus particulièrement :

La précision législative :

- le mandat confié à la CCDP concernant le suivi de la mise en oeuvre du plan d'équité en emploi au chapitre de la réalisation des progrès raisonnables serait-il mieux assuré si ce concept était défini dans la *Loi sur l'équité en emploi*?
- L'exigence de la CCDP relativement à l'inclusion dans le plan d'équité en emploi de mesures spéciales destinées aux membres des groupes désignés et aux femmes serait-elle mieux assurée si le concept de « mesures spéciales » était défini par la Loi ou par le Règlement sur l'équité en emploi?
- De même, les 12 étapes de la vérification du plan d'équité en emploi doivent-elles être prévues explicitement dans la Loi ou le Règlement?

Les délais :

La lenteur du processus menant à la vérification du plan d'équité en emploi constituerait-elle un obstacle au commerce auquel le gouvernement doit remédier en vue de se conformer aux engagements prévus par certains accords de commerce?

Les rapports :

L'exigence de données qualitatives dans le rapport annuel que les entreprises doivent déposer auprès de RHDCC constituerait-elle une intrusion indue dans le droit des entreprises de commercer au Canada?

Les remèdes :

À la limite, la CCDP peut recourir au Tribunal de l'équité en emploi dans le but de requérir un ordre destiné à une entreprise qui ne se conforme pas à son obligation d'élaborer conformément aux directives de la CCDP un plan d'équité en emploi. L'hypothèse à l'effet que la CCDP pourrait plus rapidement requérir un tel ordre contreviendrait-elle aux « droits des entreprises » en vertu des accords de commerce que le Canada a ratifiés?

En général :

La double obligation qui est faite aux entreprises de faire rapport d'une part et de se livrer à la vérification de leur plan d'équité en emploi, d'autre part, est-elle viable à l'heure des accords de commerce? Le dépassement des objectifs numériques de représentation des membres des groupes désignés en entreprise est-il un objectif gouvernemental valide dans ce même contexte?

ANNEXE V : RÈGLES RELATIVES AUX MARCHÉS PUBLICS AU CANADA

Accord sur le commerce intérieur (ACI)

Définition : l'ACI a un caractère global et vise à réduire les barrières commerciales au Canada. Entré en vigueur le 1^{er} juillet 1995, il a été signé par le gouvernement fédéral et par l'ensemble des provinces et des territoires. Le chapitre 5 de l'ACI porte sur les marchés publics et vise à constituer un cadre pour accorder à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés.

Seuils : l'ACI vise l'ensemble des marchés de biens dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 dollars et les marchés de services et de travaux de construction dont la valeur est égale ou supérieure à 100 000 dollars.

Exclusions : sont entre autres exclus de l'application de l'ACI les services de santé et les services sociaux. De plus, l'ACI ne s'applique pas aux marchés relatifs aux entreprises culturelles, à la culture autochtone ou à la sécurité nationale.

Portée : l'ACI s'applique à tous les ministères et organismes fédéraux, sauf à la Chambre des communes, à l'Agence spatiale canadienne et au Sénat.

Accord sur les marchés publics (AMP)

Définition : l'AMP de l'OMC est un accord multilatéral visant à accroître la concurrence internationale pour les marchés publics. L'AMP étoffe le GATT et en étend l'application aux services et aux travaux de construction.

Seuils : biens : 255 800 dollars CAN, services : 255 800 dollars CAN, travaux de construction : 9 800 000 dollars CAN.

Portée : tous les ministères et organismes fédéraux sont visés par l'AMP.

Exceptions : la Chambre des communes, le Cabinet du premier ministre, l'Agence spatiale canadienne, l'Office national du film et le Service canadien du renseignement de sécurité. En outre, les programmes de subventions de l'Agence canadienne de développement international pour les pays en voie de développement ne sont pas assujettis à l'AMP-OMC. Les sociétés d'État ne sont pas visées par cet accord.

Biens et services exclus : voir l'ALÉNA.

Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)

Définition : le chapitre 10 de cet accord porte sur les marchés publics. Selon ce chapitre, le Canada, les États-Unis et le Mexique s'engagent à traiter les entreprises des pays signataires sur un pied d'égalité avec leurs propres entreprises et à ne pas privilégier ces dernières dans l'attribution des marchés publics visés par l'ALÉNA.

Seuils : dans le cas des ministères : biens : 38 000 dollars (Canada/É-U.), 89 000 dollars (Canada/Mexique); services : 89 000 dollars CAN; travaux de construction : 11 500 000 dollars CAN. Dans le cas des sociétés d'État : biens/services : 445 000 dollars CAN; travaux de construction : 14 200 000 dollars CAN¹⁸⁰.

Portée : l'ALÉNA vise les quelque 100 ministères et organismes du gouvernement fédéral. En outre, 10 sociétés d'État sont assujetties à cet accord, dont Via Rail Canada.

Organismes exclus : la Chambre des communes, le Cabinet du premier ministre, l'Agence spatiale canadienne, l'Office national du film, le Service canadien du renseignement de sécurité et les programmes de subventions de l'Agence canadienne de développement international pour les pays en voie de développement.

Services exclus : outre certaines exceptions générales, par exemple les marchés portant sur la sécurité nationale, sur les produits fabriqués par les personnes handicapées, sur les institutions philanthropiques ou sur la main-d'oeuvre carcérale, de même que sur les mesures nécessaires à la protection des moeurs, de l'ordre et de la sécurité publique, les cinq groupes suivants de marchés de services sont entièrement exclus de l'application de l'ALÉNA ou de l'AMP, ou des deux : la recherche et le développement; les services de santé et les services sociaux; les services financiers et les services connexes; les services publics; les services de communications, de photographie, de cartographie, d'imprimerie et d'édition¹⁸¹.

ANNEXE VI : ANALYSE COMPARATIVE SELON LE SEXE EN HUIT ÉTAPES (CONDITION FÉMININE CANADA)

Étape 1 : **Déterminer, définir et préciser l'enjeu** : le guide encourage la participation des hommes et des femmes à la détermination des enjeux de la politique analysée.

Étape 2 : **Définir les résultats souhaités ou prévus** : il faudra tenir compte du fait qu'une politique n'aura pas nécessairement les mêmes effets sur les hommes et sur les femmes.

Étape 3 : **Définir les apports en matière d'information et de consultation** : veiller à ce que les données recueillies soient ventilées en fonction des sexes et s'assurer de la participation de groupes de femmes à cette fin.

Étape 4 : **Mener les travaux de recherche** : tenir compte du fait que certaines méthodes d'analyse ne rendent pas compte de la spécificité des femmes.

Étape 5 : **Élaborer et analyser les options** : déterminer l'impact négatif ou positif sur la situation des femmes.

Étape 6 : **Formuler une recommandation en vue de la prise d'une décision** : reconnaître l'importance de l'équité entre les sexes et formuler des recommandations qui en tiennent compte.

Étape 7 : **Communiquer la politique**.

Étape 8 : **Évaluer la qualité de l'analyse** : formuler des recommandations de manière à ce que la politique appuie l'équité entre les sexes d'une manière crédible et concrète.

ANNEXE VII : LÉGISLATION, JURISPRUDENCE, DÉCISIONS ET ACCORDS

i. Traités internationaux :

Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, 27 décembre 1987 et 2 janvier 1988, R.T. Can 1989 n° 3 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989).

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, R.T.Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289, (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994).

Accord sur le commerce intérieur, 3 mai 1997, G.O. Q. 1997 I. 413.

Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1144 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1947), 30 octobre 1947, 58 R.T.N.U. 187, R.T.Can. 1947 n° 27 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948)

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1994), Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1154 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

Accord général sur le commerce des services, Annexe 1 B de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1167, (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce [ADPIC], annexe 1C de l'Acte instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1197 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

Accord sur les marchés publics, Annexe 4 b) de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1996)

Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement et Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail, 14 septembre 1993, R.T.Can. 1994, n° 3 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994).

Accord sur le bois d'oeuvre résineux entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 29 mai 1996, R.T. Can. 1996, n° 16 (entrée en vigueur le 29 mai 1996 avec effet à compter du 1^{er} avril 1996).

Convention de Vienne sur le droit des traités, May 23, 1969; 115 R.T.N.U. 331; 8 I.L.M. 679.

Gouvernement des États-Unis d'Amérique, *North American Free Trade Agreement, Implementation Act*, Statement of Administrative Action, HR, DOC No. 103-159, Vol. 1 (1993).

ii. *Droit communautaire européen*

Communautés européennes, *Directive 71/305/EEC du 26 juillet 1971, du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux publics*, [1971] J.O.L. n° 206, p. 0026.

Communautés européennes, *Directive 77/62/EEC du 21 décembre 1976, du Conseil coordonnant la procédure de passation de marchés publics en matière de fournitures publiques*, [1976] J.O.L. n° 284, p. 0011.

Communautés européennes, *Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992, du Conseil en matière de marchés publics de services, de fournitures et de travaux*, [1992] J.O.L. n° 209, p. 0001-0024.

Communautés européennes, *Directives 93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993*, modifiées par la *Directive 97/52/CE du 13 octobre 1997*, J.O.L. no 324, p.0001-0059.

iii. *Législations nationales :*

Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, L.C. 1988, c. 65.

Loi portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, c. 44.

Loi portant mise en oeuvre de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce, L.C. 1994, c. 47.

Loi portant mise en oeuvre de l'Accord sur le Commerce Intérieur, L.C. 1996, c. 17.

Loi sur l'équité en matière d'emploi, S.C. 1986, c. 31, L.R.C. c. E-5 4. Abrogée et remplacée par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44.

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R. 1985, ch. F-11,

Loi sur la production de défense, 1985, ch. D-1.

Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 1996, c. 16.

iv. *Jurisprudence internationale*

OMC

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport de l'organe d'appel, 9 septembre 1997, (WT/DS27/AB/R).

Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger, Rapport du Groupe spécial, adopté le 7 février 1984, (L/5504 – 30S/147).

Canada – Certaines mesures concernant les périodiques, rapport du Groupe spécial, 14 mars 1997, (WT/DS31/R).

Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile, Rapport du Groupe spécial, 11 février 2000, (WT/DS139/R) (WT/DS142/R).

États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, Rapport du Groupe spécial, 17 juin 1987 (L/6175 – 34s/154).

États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930, Rapport du Groupe spécial, adopté le 7 novembre 1989, (L/6439 – 36S/386).

Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, Rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, (WT/DS8/AB/R) (WT/DS10/AB/R) (WT/DS11/AB/R).

Norvège – Marché concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim, Rapport du Groupe spécial, adopté par le Comité des marchés publics le 13 mai 1992, (GRP DS2/R).

Pratiques suivies par la Belgique en matière d'impôts sur le revenu, Rapport du Groupe d'experts, présenté au Conseil des représentants le 12 novembre 1976 (L/4424 – 23S/139).

Décisions de la Cour de Justice des communautés européennes.

Badeck et al. v. Hessischer Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Affaire C-158/97, [2000] E.C.R. I-01875.

Commission des Communautés européennes contre République italienne, affaire C-360/89, [1992] E.C.R. I-3401.

Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark, affaire C-243/89, [1993] E.C.R. I-03353.

Gebroeders Beentjes BV c. État des Pays-Bas, Affaire 31/87, [1988] E.C.R. 04635.

Kalanke v. Freie und Hansestadt Bremen, affaire C-450/93, [1995] E.C.R. I-3051.

Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, affaire C-409/95, [1997] E.C.R. I-6363.

SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) a. O. v. Société coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes », Affaires jointes 27 à 29/86, [1987] E.C.R. 3347.

Sami Hannonen, affaire 394/97, [1999] E.C.R. I-035999.

Tania Kreil contre Bundesrepublik Deutschland, Affaire 285/98, [2000] E.C.R. I-00069.

Décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Affaire Loizidou c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI.

Affaire Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A.161 G A n° 33.

ALÉNA

Pope & Talbot c. le gouvernement du Canada, Award on the Merits (2001), disponible sur le site du Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international : http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/pope_archive-fr.asp, ALÉNA

S.D. Myers c. le Gouvernement du Canada (décision partielle) (2000), en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international : http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcnadapartialaward_final_13-11-00.pdf, ALÉNA Arbitres : B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter.

v. Décisions du Tribunal canadien du commerce extérieur

Conair Aviation, Décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, 8 août 1996, dossier n° : PR-95-039

Corel Corporation, Tribunal canadien du commerce extérieur, 8 mai 2002, dossier n° : PR-2001-060.

Econaire (1984) inc. et Environmental Growth Chambers, Ltd. Commission de révision des marchés publics : 28 janvier 1991, n°s de greffe de la Commission : E90PRF6601-021-0020 et E90PRF6601-021-0021.

Enconaire (1984) inc., Tribunal canadien du Commerce extérieur, 15 février 1991, n° du greffe de la Commission : E90PRF664Y-021-0019.

Information Systems Management Corporation, Tribunal canadien du commerce extérieur, 30 juillet 1996, dossier n° : PR-95-040.

Keystone Supplies Company, Tribunal canadien du commerce extérieur, 19 avril 1999, dossiers n^{os} : PR-98-034 et PR-98-035.

Lotus Development Canada Limited, Novell Canada, Ltd. et Netscape Communications Canada inc. Tribunal canadien du commerce extérieur, 14 août 1998, dossiers n^{os} : PR-98-005, PR-98-006 et PR-98-009.

Société d'énergie Mechron Limitée, Tribunal canadien du commerce extérieur, 18 août 1995, dossier n^o : PR-95-001.

BIBLIOGRAPHIE

- ABELLA, R. S. *Rapport de la Commission sur l'égalité*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1984.
- ABU-AKEEL, A. K. « Definition of Trade in Services under the GATS: Legal Implications », *G. Wash. J. of Int'l L. & Eco.*, n° 32 (1999), 189.
- ADAIR, D.R. « Investor's Rights: The Evolutionary Process of Investment Treaties », *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, n° 6 (1999), 195.
- AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA. *Politique sur les revendications territoriales globales et état des revendications*, AINC, 2002a, http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/brief_f.pdf, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Évaluation de la Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones*, Direction générale de l'évaluation et de la vérification interne, AINC, 2002b, http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/ae/ev/00-06_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *SAEA Rapport sur le rendement 2000*, 2002c, http://www.ainc-inac.gc.ca/SAEA-psab/pub/pr/perf_rep_2000_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- AGENCE CANADIENNE POUR LE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL. *Politique de l'ACDI en matière d'égalité des sexes*, mars 1999, http://www.acdi-cida.gc.ca/cida_ind.nsf/vall/E5CA16A2B1F7749E852569500003DA50?OpenDocument, consulté le 1^{er} juin 2004.
- ALLAERT, B., C. de la CRUZ et A. FALU et al. *International Trade and Gender Inequality, A Gender Analysis of the Trade Agreements Between the European Union and Latin America: Mexico and the Mercosur*, WIDE, Bruxelles, 2001.
- ALLAERT, B. *Gender Mapping the European Union Trade Policy*, Bruxelles, WIDE, 1997.
- APPEL MOLOT, Maureen. « NAFTA Chapter 11: An Evolving Regime » in NAFTA Chapter 11 Conference, Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 18 janvier 2002, en collaboration avec le MAECI. Les textes sont affichés à : <http://www.carleton.ca/ctpl/conferences.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- ARROWSMITH, S. et A. DAVIES (dir.). *Government Procurement and Judicial Review*, Toronto, Calgary, Vancouver, Carswell, 1988.
- . *Public Procurement: Global Revolution*, Boston, Kluwer Law International, 1998.
- . *Government procurement in the WTO*, La Haye, Kluwer Law International, 2003.

ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC), *Page d'accueil*, 2004a, <http://www.apecsec.org.sg/>, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. *APEC Electronic Individual Action Plan*, 2004b, <http://apec-iap.org/>, consulté le 1^{er} juin 2004.

BAINES, B. « Occupational sex segregation and employment equity: lessons from Canada », *Can. Lab. & Emp.*, n° 8 (2000), L.J., 291.

BAL, S. « International Free Trade Agreement and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT », *Minn. J. Global Trade*, n° 10 (2001), 62.

BANQUE MONDIALE. Social Protection, Zafiris Tzannatos, *Women and Labor Market Changes in the Global Economy: Growth Helps, Inequalities Hurt and Public Policy Matters*, SP Discussion Paper n° 9808, avril 1998.

BARTON, C. et E. NAZOMBEI. *Women's labour and economic globalisation: a participatory workshop created by Alternative Women in Development (Alt-WID)*, (mars 2000) n° 8 *J Gender and Development* 35-44.

BASTASELÉ, D., P. FLAMME et P. QUERTAINMONT. *Initiations aux marchés publics* (2^e édition), Bruxelles, Bruylant, 2001.

BEEN ET J.C. BEAUVAIS. « The Global Fifth Amendment: NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine », New York University Center for Law and Business, Working Paper CLB-02-06, 2003, http://www.nyu.edu/pages/lawreview/78/1/Been_Beauvais.html, consulté le 1^{er} juin 2004.

BELLEY, N. « Les marchés publics : étude des obligations internationales du Canada du GATT à l'ALÉNA », *C. de D.*, vol. 36, n° 2 (1995), 503.

BERNSTEIN, S., K. LIPPEL et L. LAMARCHE. *Les femmes et le travail à domicile : le cadre législatif canadien*, Condition féminine Canada, mars 2001, http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/0662291433/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.

BHALA, R. « Clarifying the Trade-Labor Link », *Colm. J. Transnat'l L.*, n° 37 (1998-1999), 11.

———. « The Bananas War », *McGeorge L. R.*, n° 31 (2000), 839.

BLACK, H. L. *How to sell to the government: the 30 billion dollar market: your complete guide to doing business with Canadian government departments, agencies and crown corporations, and cracking the provincial and U.S. government markets*, Toronto, Macmillan of Canada, 1989.

- BLACK, W. W. *Employment and Equality: A Systemic Approach*, Human Rights Research and Education Centre, Université d'Ottawa, 1985.
- BLACKLOCK, Cathy. *Les Canadiennes et le commerce : survol des principaux enjeux*, document préparé pour Condition féminine Canada, août 2000, http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/0662661966/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- BLANK A. et G. MARCEAU « A History of Multilateral Negotiations on Procurement : From ITO to WTO », in B. M. Hoekman et P. C. Mavroidis (dir.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997.
- BRAMBILLA, P. *Gender and Monitoring: A Review of Practical Experiences*, Brighton, Institute of Development Studies, BRIDGE, Report 63, 2001.
- BRANCH, K. « Are Women Worth as Much as Men? Employment Inequities, Gender Roles, and Public Policy », n° 1 (1994), *Duke J. Gender L. & Pol'y*, 119.
- BROWN, A. et C. POUNCEY « Expanding the International Market for Public Procurement: The WTO's Agreement on Government Procurement », *Int'l Trade L. & reg.*, vol. 1, n° 3 (1995), 69.
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL. *L'heure de l'égalité au travail, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, Conférence internationale du travail, 91^e session, Bureau international du travail, Genève, 2003, <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/french/standards/decl/publ/reports/download/report4/rapport.pdf>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- CARASCO, E. « A Case of double jeopardy: race and gender », *Can. J. Women & L.*, n° 6 (1993), 142.
- CARREAU, D. et P. JUILLARD. *Droit international économique*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1998.
- CARRIER, P. J. « An Overview and Proposal of the Amendment to the Agreement on Government Procurement », *NY. Int'l L. Rev.*, n° 10 (1997a), 59.
- « Domestic Price Preference in Public Purchasing: An Overview and Proposal of the Amendment to the Agreement on Government Procurement », *NY. Int'l L. Rev.*, n° 10 (1997b), 59.
- « Sovereignty under the Agreement on Government Procurement », *Minn. J. Global Trade*, n° 6 (1997c), 67.
- CASTEL, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, Toronto, Butterworths, 1^{re} éd. (1975) et 2^e éd. (1986).

CASTILLO, M et CHEMAIN, R. « La réserve d'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public*, 2001

CEPAL *Compras governamentais: Políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*, (LC/BRS/R 130), septembre 2002.

CHABURSKY, L. « The Employment Equity Act: An Examination of its Development and Direction », *Ottawa L. Rev.*, vol. 24, n° 2 (1992), 305.

CHARNOVITZ, S. « The Moral Exception in Trade Policy », *Va. J. Int'l L.*, n° 38 (1998), 689.

CHEMILLER GENDREAU, M et Y MOULIER BOUTANG *Le droit dans la mondialisation: une perspective critique*, Presses universitaires de France, Paris, 2001.

CHEVRETTE, François « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », in *De la Charte québécoise des droits et libertés, origine, nature et défis*, Montréal, Thémis, 1989.

CLARO DE LA MAZA, J et R CAMPLOR *Government Procurement and Free Trade in the Americas*, Intal-ITD, occasional paper 3, janvier 1999.

COMITÉ PERMANENT DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES ET DE LA CONDITION DES PERSONNES HANDICAPÉES (CPDRHCPH).
Témoignages, 11 décembre 2001, 2001, 1140, <http://www.parl.gc.ca/InfoCom/PubDocument.asp?DocumentID=652645&Language=F>, consulté le 1^{er} juin 2004.

——— *Promouvoir l'égalité dans les secteurs de compétence fédérale : examen de la loi sur l'équité en matière d'emploi : Rapport du comité*, Ottawa, Travaux publics Canada, 2002a, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Studies/Reports/HUMARP9-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

——— Témoignages, 7 février 2002, 2002b, 1150, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Meetings/Evidence/HUMAEV48-F.HTM#Int-126132>, consulté le 1^{er} juin 2004.

——— Témoignages, 26 février 2002, 2002c, 1155, <http://www.parl.gc.ca/infocomdoc/37/1/HUMA/Meetings/Evidence/humaev51-f.htm#T1150>, consulté le 1^{er} juin 2004.

COMMERCE INTERNATIONAL CANADA *Règlement des différends ALÉNA Chapitre 11 Investissement Note d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11 (Commission du libre-échange de l'ALÉNA, 11 juillet 2001, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp>, consulté le 1^{er} juin 2004*

———. *On vous écoute*, 2004, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/consult-fr.asp#pre>, consulté le 1^{er} juin 2004.

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE. *Guide de vérification et de référence : vérification de l'équité en matière d'emploi*, mars 2000a.

———. *Rapport annuel 1999*, Ottawa, ministre des Travaux publics, 2000b.

———. *Document cadre : vérifications de la conformité à la Loi sur l'équité en matière d'emploi, Processus de vérification, facteurs d'évaluation et questionnaire d'enquête*, Direction générale de l'équité en matière d'emploi, janvier 2000, 2000c, http://www.chrc-ccdp.ca/employment_equity/framework_compliance-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. *Rapport annuel 2000*, Ottawa, ministre des Travaux publics, 2001.

———. *Rapport annuel 2001 : Rapport sur l'équité en matière d'emploi*, Ottawa, ministre des Travaux publics, 2002a.

———. *Rapport sur le rendement 2001-2002*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2002b, http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/CHRC/chrc01-02dpr_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

COMMISSION EUROPÉENNE. Communication de la Commission, « Les marchés publics dans l'Union européenne », adoptée par la Commission le 11 mars 1998. COM(1998) 143 final.

———. Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable au marché public et aux possibilités d'intégration de considérations sociales dans les contrats de marchés publics, adoptée par la Commission le 28 novembre 2001. COM(2001) 566 final.

COMMISSION MONDIALE SUR LA DIMENSION SOCIALE DE LA MONDIALISATION. *Une mondialisation juste : créer des opportunités pour tous*, OIT, Genève, 2004.

COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Gender Mainstreaming in Finance, A Reference Manual for Governments and other Stakeholders*, Londres, 1999a.

———. *Gender Mainstreaming in the Public Service, A Reference Manual for Governments and other Stakeholders*, Londres, 1999b.

COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE. Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, [1976] *J.O.L.* no 039, p. 0040 - 0042.

CONDITION FÉMININE CANADA. *Analyse comparative entre les sexes, guide d'élaboration de politiques*, Ottawa, 1998, http://www.cfc-swc.gc.ca/pubs/gbguide/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT (CNUCED). *Trade, sustainable development and gender*, Papers prepared in support of the themes discussed at the Pre-UNCTAD X Expert Workshop on Trade, development and gender, juillet 1999, doc NU n° UNCTAD/EDM/Misc.78.

CONSEILS ET VÉRIFICATION CANADA. *Evaluation of the Employment Equity Program- Final Audit*, juin 2002. Disponible auprès de la CCDP.

CONTRATS CANADA, *Guide du nouvel acheteur*, 2004, <http://contractscanada.gc.ca/fr/buyerguidef.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

CORR, C. F. et K. ZISSIS. «The WTO Government procurement Agreement and U.S. Procurement Reform », *NY. L. School J. of Int'l & Com. L.*, n° 18 (1999), 303.

COTTIER, T. et P. C. MAVROIDIS, (dir.). *Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law*, vol. 2, Ann Arbor, Series World Trade Forum, University of Michigan Press, 2000.

DALLY, J. « Has Mexico Crossed the Border on the State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA », *St Mary's L.J.*, n° 25 (1994), 1147.

DE GRAFF, G. et M. KING. « Towards a More Global Government Procurement Market: The Expansion of The GATT Government Agreement in the Context of the Uruguay Round », *Int'l Lawyer*, n° 29 (1995), 435.

DE WOLFF, A. « The face of globalization: Women working poor in Canada », *Canadian Woman Studies*, vol. 20, n° 3 (2000), 54.

DELMAS-MARTY, M. *La mondialisation du droit : chances et risques*, Paris, Dalloz, 1999.

DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES CANADA. *L'examen de la Loi sur l'équité en matière d'emploi, Développement et ressources humaines Canada, Un rapport présenté au Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées*, Hull, DRHC, 2001.

———. Evaluation and Data Development, *Final Report for the Evaluation of the Federal Contractors Program*, avril 2002, sur demande.

DHOOGE, L.J. « The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States », *Minn. J. Global Trade*, n° 10 (2001), 209.

- DOLLINGER, J. « Resolving Conflicts in Contracts and Torts », *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, Tome 283 (2000).
- DOMMEN, C. « Raising Human Rights Concerns in the World Trade Organization: Actors, Processes and Possible Strategies », *Human Rights Quarterly*, n° 24 (2002), 1.
- ÉQUIPE CANADA INC. *Page d'accueil*, 2004, <http://exportsource.gc.ca>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- ÉTATS-UNIS. *North American Free Trade Agreement, Implementation Act*, Statement of Administrative Action, HR, document n° 103-159, vol. 1 (1993).
- EVERS, B. *Engendering the Trade Policy Review Mechanism of the WTO*, in E. Haxton et C. Olsson (dir.), *Gender Focus on the WTO*, Upssala, Global Publication Foundation, 1999.
- FADLALLAH, I. « L'ordre public dans les sentences arbitrales », (1994) *RCADI* V.377.
- FEDDERSEN, C. T. « Focusing on Substantive Law in International Economic Relations: The Public Morals of GATT's Article XX(a) and Conventional rules of Interpretation », *Minn. J. Global Trade*, vol. 7, n° 45 (1998), 75.
- FORUM DES MINISTRES RESPONSABLES DE LA CONDITION FÉMININE À L'ÉCHELLE FÉDÉRALE, PROVINCIALE ET TERRITORIALE. *L'autonomie et la sécurité économiques des femmes*, mars 2001, http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/0662655427/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- FRANCESCAKIS, Ph. (dir.) *Répertoire de Droit International*, Tome II, Dalloz, Paris, 1969.
- GAFFNEY, J. P. « Due Process in the World Trade Organization: The Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System », *Am. U. Int'l L. Rev.*, n° 14 (1999), 1173.
- GANGULY, S. « The Investor-State Dispute Settlement Mechanism (ISDM) and a Sovereign Power to Protect Public Health », *Colum. J. Transnat'l L.*, n° 38 (1999), 113.
- GANTZ, D. A. « Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties », *AM. U. Int'l L. Rev.*, n° 14 (1999), 1025.
- GIBB, H. *Gender Mainstreaming - Good Practices from the Asia-Pacific Region*, Renouf Publishing, Canada, 2000, <http://www.nsi-ins.ca/fnsi/research/research04.html>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- GOLDMAN, B. « La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives », *Chunet.*, n° 106 (1979), 483.

- GOLDSTEIN, G. *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire : Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, thèse présentée à l'Université McGill, Vol. I et II, Montréal, 1992.
- GOURLEY, Alan W. H., Jean HEILMAN GRIER et Frederick F. SHAHEEN. « International Procurement », *Int'l Lawyer*, n° 35 (2001), 395.
- HAMMJE, P. « Droits fondamentaux et ordre public », *R.C.D.I.P.* (1997), 1-31.
- HART, M. et P. SAUVÉ. « Does size matter? Canadian perspectives on the development of government procurement disciplines in North America », in B. M. Hoekman et P. C. Mavroidis (dir.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997.
- HASSALANI, S. *Commerce international : intégration des considérations liées à l'égalité entre les sexes dans le processus d'élaboration des politiques*, Condition féminine Canada, décembre 2000.
- HAXTON, E. et C. OLSSON (dir.). *Gender Focus on the WTO*, Upssala, Global Publication Foundation, 1999.
- HEARN, W. R. « Selling to Ottawa: Some Legal Aspects of Federal Procurement in Canada », *C.U.B.I.R.*, n° 4 (1999), 235.
- HLUPELIKE LONGWE, S. *Gender Equality and Women's Empowerment*, présenté lors du Working Seminar on Methods for Measuring Women's Empowerment in Southern African Context, 17-18 octobre 2001, Namibie, <http://poverty.worldbank.org/library/view/14639>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- HOEKMAN, B. M. et P. C. MAVROIDIS (dir.). *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, The University of Michigan Press, 1997.
- HOEKMAN, B. M. et P. C. MAVROIDIS. « The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership? », *Pub. Procurement L. Rev.*, n° 4 (1995), 63.
- HUGHES, L. « Buy North America: A Revision to FTA Buy America Requirements », *Transp. L. J.*, n° 23 (1995), 207.
- INDUSTRIE CANADA, *Communications du Canada – Offre conditionnelle initiale sur les services*, 31 mars 2003, http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/TS/Canada_Initial_Offer_French_31_03_2003.pdf, consulté le 1^{er} juin 2004.
- INSTITUTE FOR DEVELOPMENT POLICY AND MANAGEMENT. *Sustainability Impact Assessment of Proposed WTO Negotiations, Project Inception Report to the European Commission, Sector Study Market Access, environmental services and*

competition, mid-term report, IDPM, University of Manchester, CREDIT, University of Nottingham, BMT Cordah Ltd, 2003a, <http://idpm.man.ac.uk/sia-trade>, consulté le 1^{er} juin 2004

——— *Sustainability Impact Assessment of WTO Proposed Negotiations*, University of Manchester, 2003b, <http://idpm.man.ac.uk/sia-trade/Phase%203A/CompetitionFinal.pdf>, consulté le 1^{er} juin 2004.

INSTITUTE OF DEVELOPMENT STUDIES. *Bridge Quarterly Update, Issue 8, Trade Policy*, 1998, <http://www.ids.ac.uk/bridge/dgb8.html>, consulté le 1^{er} juin 2004.

INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME. *Commerce mondial et protection des droits de l'Homme, les droits de l'Homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

INSTITUT NORD SUD. *La condition des sexes et le commerce*, décembre 2001, http://www.nsi-ins.ca/download/consultation_rapport.pdf, consulté le 1^{er} juin 2004

JACKSON, J. H. « National Treatment Obligations and Non-Tariff Barriers », *Mich. J. of Int'l L.*, n° 10 (1989), 207

JARVIS, L. M. « Women's Rights and the Public Morals Exception of GATT Article XX », *U. Michigan J. of Int'l Law Law School*, n° 22 (2000), 219.

JIMENEZ, M. R. « Considerations of NAFTA Chapter 11 », *Chi. J. Int'l L.* (2001), 243.

JOEKES, S. et A. WESTON. *Women and the New Trade Agenda*, New-York, UNIFEM, 1994.

JOHNSON, K. D., S. LERO et J. A. ROONEY. *Recueil travail - personnel 2001, 150 statistiques canadiennes sur le travail, la famille et le mieux-être*, Université de Guelph, 2001.

KABEER, N. *Reversed Realities: Gender Hierarchies in Development*, Verso, New York, 1994.

KIRKPATRICK, C., N. LEE et O. MORRISSEY. *WTO New Round, Sustainability Impact Assessment Study, Phase One Report*, IDPM, University of Manchester, CREDIT, University of Nottingham, 1999, <http://idpm.man.ac.uk/sia-trade/Phase1/frontpage1.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

KLEVEN, T. « Why International law favors emigration over immigration », *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, n° 33 (printemps 2002), 69.

KRAJEWSKI, M. « Public Services and the Scope of the GATS », Research Paper, Center for International Environmental Law (CIEL), mai 2001.

- LAING, E. A. « Equal Access /Non-Discrimination and Legitimate Discrimination in International Economic Law », *Wisconsin Int'l L. J.*, n° 14 (1996), 246
- LALIVE, P. « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Revue de l'arbitrage* (1986), p. 327-373
- LAMARCHE, L. *Les programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Montréal, Louise Courteau editrice, 1990
- LAMARCHE, L. et F. TOUGAS. *La Loi canadienne sur l'équité en emploi et la transformation des rapports sociaux : le cas des minorités visibles*, Commission du droit du Canada, juin 2001.
- LAMARCHE, L. et R. BACHAND. *La protection et la promotion des droits des travailleuses québécoises à l'heure de la prolifération des accords de commerce : le besoin de clarifier les causes de menaces potentielles afin d'orienter l'action - Recherche*, Conseil du statut de la femme du Québec, octobre 2003, <http://www.csf.gouv.qc.ca/fr/publications/?F=affichage&ma=20&choix=1&s=31>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- LANG, J. M. « The First Five Years of the WTO: General Agreement on Trade in Services », *L. & Pol'y in Int'l Bus.*, n° 31 (2000), 801
- LAVIEC, J.P. *Protection et promotion des investissements : études de droit international économique*, PUF, Genève, 1985.
- LEMIEUX, D. et A. STUHEC. *Review of Administrative Action Under NAFTA*, Scarborough, Carswell, 1999.
- LEVESQUE, C. W. « Chapter 13 of the United States-Canada Free Trade Agreement: Has it Created an Open and Effective Government Procurement Dispute Resolution System? », *J. Int'l L. Bus.*, n° 12 (1991), 187
- LINARELLI, J. « The Role of Dispute Settlement in World Trade Law: Some Lessons from the Kodak-Fuji Dispute », *L. & Pol'y in Int'l Bus.*, (2000), 263
- LOW, P., A. MATTOU et A. SUBRAMANIAN. « Government Procurement in Services », *World Competition*, n° 20 (1996), 5
- MACPHAILI, F. « A feminist economics perspective on recent trends in inequality in Canada », *Atlantis*, vol. 23, n° 2 (1999), 90
- MANN, H. et K. von MOLTKE. *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, IISD, 1999, <http://www.iisd.org/pdf/nafta.pdf>, consulté le 1^{er} juin 2004

- MANN, H. et J.A. SOLOWAY *Clarifier la relation entre l'expropriation et la réglementation: Comment y parvenir?*, rapport destiné au Groupe spécial d'Experts sur les règles d'investissement et au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, mars 2002, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/regulation-fr.asp>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- MARCEAU, Gabrielle « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *European Journal of International Law*, n° 13 (2002), 703.
- MATTOU, A. *The Government Procurement Agreement: Implications of Economic Theory*, 1996, World Trade Organisation, Staff Working Paper TISD-96-03.
- MCCRUDDEN, C. « Social Policy Issues in Public Procurement: A Legal Overview's », in S. Arrowsmith et A. Davies, (dir.) *Public Procurement: Global Revolution*, Kluwer, 1998, 219.
- « International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of the Legality of "selective purchasing", Laws under the WTO Government Procurement Agreement », *Journal of International Economic Law* (1999), 3.
- MEYERS TIETJENS, D. (dir.) *Feminist social thought: a reader*, Routledge, New York, 1997.
- MINGUY, C. et M. ROCHETTE, *Même poids, même mesure : avis sur l'équité en emploi*, Québec, Conseil du statut de la femme du Québec, 1993.
- MONTANA I MORA, M. « A GATT with Teeth: Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes », *Colum. J. of Transnat'l L.*, n° 31 (1993), 103.
- MORAND, C. A. (dir.) *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant - Éditions de l'Université de Bruxelles- Helbing et Lichtenhahn, Bruxelles, 2001.
- MOSER, C. *Gender Planning and Development: Theory, Practice and Training*, Londres, Routledge, 1993.
- MUGGA, A. *Études sur la recherche en matière de politique commerciale internationale*, document de référence n° 10, Direction de l'analyse commerciale et économique, MAECI, 2002, http://www.dfait-maeci.gc.ca/eet/survey/survey_report2002-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- MUGGENBERG, C. « The Government Procurement Chapter of NAFTA », *U.S. Mexico L.J.*, n° 1 (1993), 295.
- MUTARI, E. et al. *Gender and political economy: incorporating diversity into theory and policy*, M.E. Sharpe, 1997.

- NOUVELLE-ZÉLANDE. « Réponse aux questions concernant l'échange de renseignements prescrits par le mandat de négociation sur les subventions », Groupe de travail sur les règles de l'AGCS, 2 juillet 1997, S/WPGR/W/16 add.
- OPPETIT, B. « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », dans Christian Dominice (dir.), *Études du droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, 309-319.
- ORGANISATION DES NATIONS UNIES. *Asian and Pacific Developing Economies and the First WTO Ministerial Conference*, Issues of Concern, New-York, Nations Unies, 1996.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), « Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail », juin 1998, adoptée à la 86^{ème} session, <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC). *Synthesis of the Information Available on Transparency-Related Provisions in Existing International Instruments on Government Procurement Procedures and on National Practices*, note du Secrétariat de l'OMC, WT/WGTGP/W/6, octobre 1996.
- . *Guide pour la lecture des listes d'engagements spécifiques et des listes d'exemptions de l'article II (NPF) annexes à l'AGCS*, 2004a, http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/guide1_f/htm, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Liste d'engagements et liste d'exemptions des obligations de l'article II*, 2004b, http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/serv_commitments_f.htm, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . Working Group on Transparency in Government Procurement, *Work of the Working Group on the Matters Related to Item VI-XII of the List of the Issues Raised and Points Made*, WT/WGTGP/W/33, octobre 2002.
- . Working Party on Domestic Regulation, « "Necessity tests" in WTO, Notes by the Secretariat WTO », S/WPDR/W/27, 2 déc. 2003 <http://www.ictsd.org/issarea/stds/resources/Docs/Nectest.PDF>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- OVERHOLT, C. et al. *Gender Roles in Development Projects. A Case Book*. West Hartford, Kumarian Press, 1984.
- PALMETER, D. et P. C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Kluwer Law International, La Haye, Londres et Boston, 1999.

- PARLEMENT DU CANADA. Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, *Le Canada et l'avenir de l'Organisation mondiale du commerce, Pour un programme du millénaire qui sert l'intérêt public*, rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, rapport 9, 10 juin 1999, 36^e législature, 1^{re} session, 1999a, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/FAIT/Studies/Reports/faitrp09-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *La zone de libre-échange des Amériques : pour un accord qui sert les intérêts des Canadiens*, premier rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, Premier rapport du Sous-comité du commerce, des différends commerciaux et des investissements internationaux, octobre 1999, 36^e législature, 2^e session, 1999b, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/2/FAIT/Studies/Reports/faitrp01-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Pour un nouveau cycle de négociations efficaces : les grands enjeux du Canada à l'OMC*, mars 2002, 37^e législature, 1^{re} session, 2002, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/FAIT/Studies/Reports/faitrp19-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- PETERSMANN, E.-U. (dir.) *International Trade Law and Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, Londres, La Haye, Boston, 1997.
- PETERSMANN, E.-U. « Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law », *Ger. Yearbook of Int'l L.*, n° 34 (1991), 175.
- POLIN, R. (dir.) *L'ordre public*, PUF, Paris, 1996.
- PRIESS, H.-J. « Public Procurement Law in the European Union: The New GATT Agreement on Government Procurement », *Int'l. Trade L. & Reg.*, vol. 2, n° 2 (1996), 49.
- RACINE, J.-B. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Bibliothèque de droit privé, Tome 309, L.G.D.J., Paris, 1999.
- RAMKHALAWANSINGH, C. « Employment standards legislation: a primary source of women's employment inequality », *Can. Lab. L.J.*, n° 2 (été 1993), 80-89.
- REDOR, M.-J. (dir.) *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Collection Droit et Justice, n° 29, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- REED, C. A. « Contradictions and assumptions: A report on employment equity in Canada », *Resources for Feminist Research*, nos 3-4 (1995-1996), 24.
- REICH, A. « Government Procurement and Bid Challenging in Canada after the Free Trade Agreement », *Rev. can. du droit du commerce*, n° 18 (1991), 195.

- *Toward Free Trade in the Public Sector: A Comparative Study of International Agreements on Government Procurement*, Toronto, thèse de doctorat en science juridique, Université de Toronto, 1994.
- *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1998.
- RESNIK, J. « Categorical Federalism: Jurisdiction, Gender and the Globe », *Yale Law Journal*, n° 111 (2000), 619.
- RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA
Travail, famille et collectivité questions clés et orientations pour la recherche à venir, 2004a, www.rhdcc.gc.ca/asp/passerelle.asp?hr=fr/pt/psait/ctv/tfc/02table_des_matières.shtml&hs=wnc, consulté le 1^{er} juin 2004.
- *Rapport annuel, Loi sur l'équité en matière d'emploi 2003*, Programme du Travail, Ottawa, RHDCC, 2004b.
- *Programme de contrats fédéraux (PCF) – Foire aux questions – Tables des matières*, 2004d, <http://www.rhdcc.gc.ca/asp/passerelle.asp?hr=fr/pt/ot/ntemt/emt/programmes/pcf/qfp/index-eme.shtml&hs=wzp>.
- ROESSLER, F. « Domestic Policy Objectives and the Multilateral Trade Order: Lessons from the Past », *U. Pa. Journal of Int'l Economic Law*, n° 19 (1998), 513.
- *Données individuelles des entreprises*, 2004, 2004c, http://www19.hrdc-drhc.gc.ca/~eeisadmin/cgi-bin/eeis_fra.cgi, consulté le 1^{er} juin 2004.
- ROMAIN, J.-F. « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme » in *L'ordre public : concept et applications*, Bruylant, Bruxelles, 1995, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, v. 3, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique.
- RUSSELL, M. « Backlash, the Political Economy, and Structural Exclusion », *Berkeley J. Employment & Lab. L.*, n° 21 (2000), 335.
- SANTÉ CANADA *Stratégie pour la santé des femmes*, 2002, <http://www.hc-sc.gc.ca/francais/femmes/stratfem.htm#différences>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- SCHOONER, S.L. et C.R. YUKINS. « Model Behavior? Anecdotal Evidence of Tension between Evolving Commercial Public Procurement Practices and Trade Policy », George Washington University Law School, Public Law Legal Theory Working Paper n° 048, *Int'l Trade Law and Regulation*, vol. 9 (2003), http://www.ssrn.com/abstract_id=346000, consulté le 1^{er} juin 2004.

- SCHWARTZ, J. A. « Learning from the United States Procurement Law Experience. On Law transfer and its Limitations », *Public Procurement Law Review*, n° 11 (2002), 115.
- SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA (SCT), *Politique sur l'examen des acquisitions*, 1994, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/TBM_122/pr_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- *Faire plus avec l'argent des contribuables, Le gouvernement en tant que "partenaire" : Les six étapes d'une collaboration réussie*, 1995, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/oepubs/tb_o3/fgepe_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- *Politiques sur les marchés*, 2003, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/siglist_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- *Avis sur la politique des marchés 1997-6*, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/siglist_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- SEN, G. A. *Quick Guide to Gender Mainstreaming in Finance*, Commonwealth Secretariat, Londres, 1999.
- SHELL, G. R. « Trade legalism and International Relations Theory: an analysis of the World Trade Organization », *Duke L.J.*, n° 44 (mars 1995), 829.
- SHUMAN, M. H. « GATTzilla v. Communities », *Cornell Int'l L. J.*, vol. 27, n° 3 (1994), 527.
- SILVEIRA, M. C. « Rules of Origin in International Trade Treaties: Towards the FTA », *Ar. J. of Int'l & Comp. L.*, n° 14 (1997), 411.
- SINCLAIR, S. « GATS: How the World Trade Organization's New 'Services' Negotiations Threaten Democracy », Ottawa, Réseaux canadiens de recherche en politiques publiques, 2000.
- STEWART, T. P. (dir.). *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History*, (4 vol.), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, La Haye, Londres, 1991-1999.
- SUDRE, Frédéric. « L'ordre public européen », in *L'ordre public : concept et applications*, Bruylant, Bruxelles, 1995, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, v. 3, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique.
- SUSTAINABILITY IMPACT ASSESSMENT (SIA). *Page d'accueil*, 2004, <http://www.sia-trade.org/index.shtml>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- SZURGOT, C. F. « The Buy American Act: Reverse Discrimination Against Domestic Manufacturers, Implications of the Trade Agreements Act of 1979 on the Rule of Origin Test », *Adm. L. J. of the Am. U.*, n° 7 (automne 1993, hiver 1994), 737.

- TAMRA, A. A. *The Canadian International Trade Tribunal: Canada's Emerging Trade Jurisprudence*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, Montréal, 1996.
- TETLEY, W. « Évasion/Fraude à la loi and avoidance of the law », *McGill L.J.*, n° 39 (1994), 303.
- TEUBNER, G. (dir.). *Global law without a state*, Aldershot, Dartmouth, 1997.
- THOMAS, J.S. et M.A. MEYER. *The New Rules of Global Trade: A Guide to the World Trade Organization*, Scarborough, Carswell, 1997.
- TIEFER, C. « The GATT Agreement on Government Procurement in Theory and Practice », *U. Balt. L. Rev.*, n° 26 (1997), 31.
- TOBLER, C. « Encore: « Women's clauses », in public procurement under community law », *E. L. Rev.*, n° 25(6) (2000), 618-631.
- TORNQVIST, A., B. VAN BRONKHORST et C. MOSER. *Mainstreaming Gender and Development in the World Bank: Progress and Recommendations*, Washington, Banque mondiale, 1999.
- . *Integrating Gender into the World Bank Work: A Strategy for Action*, Washington, Banque mondiale, 2002.
- TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX CANADA (TPSGC), *Services des approvisionnement du gouvernement canadien*, 2004a, <http://www.tpsgc.gc.ca/sos/corporate/index-f.html>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Guide des approvisionnement*, 2004b, http://www.tpsgc.gc.ca/sos/corporate/sm/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Manuel du client de TPSGC*, 2004c, <http://www.tpsgc.gc.ca/sos/corporate/sm/index-f.html>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Clauses et conditions uniformisées d'achat*, 2004d, <http://sacc.tpsgc.gc.ca/sacc/index-f.jsp>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- United Nations (UNCCD). *Convention to Combat Desertification – Institution Details: Association of Women in Development Experts (AWIDE)*, 2004, <http://www.unccd.int/ngo/accreditationDB/institutionDetails.php?id=223>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- URETA, M. « Women, work and family: recent economic trends », *Northern Illinois University Law Rev.*, n° 19 (1998), 57.

VANDUZER, J.A. « NAFTA Chapter 11 to Date: the Progress of a Work in Progress », IISD, NAFTA Chapter 11 Conference, organisée par le Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 18 janvier 2002, en collaboration avec le MAECI, <http://www.carleton.ca/ctpl/conferences.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

WEBB, K. « Thumbs, Fingers, and Pushing on String: Legal Accountability in the Use of Federal Financial Incentives », *Alta. L. Rev.*, vol. 31, n° 3 (1993), 501.

WEDO. *Gender Analysis of the WSSD Plan of Implementation World Summit on Sustainable Development 2002*, http://www.wedo.org/sus_dev/analysis2.htm, consulté le 1^{er} juin 2004.

WOMEN IN DEVELOPMENT (WIDE). *Globalising gender equality and social justice*, 2004, <http://www.eurosur.org/wide/home.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

NOTES

¹ Il est à noter que le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI), tel qu'il existait au moment de la rédaction du présent rapport, a depuis été scindé en deux ministères distincts, soit le ministère des Affaires étrangères Canada (AEC) et le ministère du Commerce international Canada (CICan).

² Accord de l'OMC sur les marchés publics, Appendice I, Annexe 6, Canada.

³ *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, S.C. 1986, c. 31, L.R.C. c. E-5.4. Abrogée et remplacée par *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44.

⁴ Art. 4. Selon le *Rapport 2001 sur l'équité en emploi*, déposé par la Commission canadienne des droits de la personne conformément à la *Loi sur l'équité en emploi*, 397 entreprises du secteur privé étaient en cours de vérification au 31 décembre 2000. Voir CCDP (2002a), tableau 3, Nombre total d'employeurs et d'employés visés par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* et en cours de vérification selon le secteur. En ligne à : http://www.chrc-ccdp.ca/publications/employment_equity-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁵ Bien que la Commission présidée par la juge Abella portait le nom de Commission sur l'égalité en emploi, la littérature reconnaît que l'introduction du concept d'*équité en emploi* répondait à une stratégie contextuelle précise : contrer les résistances à l'implantation d'un modèle proactif, lesquelles étaient issues de l'expérience américaine de l'*Affirmative Action*. Voir Chabursky (1992) et Black (1985).

⁶ *Action Travail des femmes c. Canadien National* [1987] 1 R.C.S. 114.

⁷ Art. 18(1), *Loi sur l'équité en matière d'emploi*.

⁸ Voir art. 22 et suiv. de la LEE.

⁹ Voir Système informatisé de présentation des rapports d'équité en matière d'emploi (SIPRÉME), en ligne à : http://www19.hrdc-drhc.gc.ca/~eeisadmin/cgi-bin/eeis_fra.cgi, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁰ Voir en ligne : http://www.rhdcc.gc.ca/asp/passerelle.asp?hr=/fr/pt/ot/ntemt/emt/outils_eme/rapports/annuel/methodologie.shtml&hs=wzp, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹¹ Article 36 de la *Loi sur l'équité en emploi*.

¹² En vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'équité en emploi*.

¹³ « Depuis le début du programme en 1998, la Commission a entrepris des vérifications initiales chez 215 des 476 employeurs visés au total par la Loi. Toutefois, il a fallu faire au moins une vérification de suivi chez la plupart d'entre eux avant qu'il ne soit possible de les déclarer en conformité. Cela signifie que la Commission a commencé en tout

354 vérifications, alors qu'elle prévoyait en avoir terminé environ 320 à la fin de la quatrième année de son programme » (CCDP, 2002a). Seulement 8 entreprises ont été jugées conformes à la Loi dès la vérification initiale. Ces entreprises avaient pourtant déposé de nombreux rapports annuels auprès de RHDCC.

¹⁴ Id., une vingtaine d'employeurs avaient reçu un ordre de se conformer au 31 décembre 2000.

¹⁵ Art. 25 de la Loi.

¹⁶ Communications 2001, 2002 et 2003. Cette information a été fournie par MM. Benoît Fortin, agent principal, et Rhys Philip, directeur de législation et élaboration des programmes à la Division de l'équité en emploi à la CCDP. Nous tenons par ailleurs à les remercier de leur aimable collaboration.

¹⁷ La Commission canadienne des droits de la personne nous a donné accès à un rapport d'audit externe en mai 2003. Ce rapport intitulé *Evaluation of the Employment Equity Program - Final Audit* a été réalisé par la firme Conseils et vérification Canada. Il est daté de juin 2002. Il met en évidence l'important problème de cohérence que pose les interactions simultanées auprès des entreprises de la CCDP et de RHDCC ainsi que les frustrations que cela entraîne chez les entreprises, lesquelles manifestent un évident parti pris pour les méthodes de travail de RHDCC. Le 28 mai 2003, M. Benoît Fortin de la CCDP nous a informés de travaux en cours entre la CCDP et RHDCC et dont le but consiste à formuler des protocoles de travail destinés à remédier à cette situation.

¹⁸ Les entreprises rendent aussi compte de leurs pratiques qualitatives d'équité en emploi. Toutefois, ce bref ajout au rapport n'est, dans la majorité des cas, pas très éloquent. Pour l'année 2002, RHDCC a procédé à un tel recensement (mais non à son analyse). Voir RHDCC (2004c).

¹⁹ Au 31 mars 2002, la Loi s'appliquait à 397 employeurs du secteur privé sous réglementation fédérale. CCDP, 2002a, en ligne à : http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/CHRC/chrc01-02dpr01_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

²⁰ *Loi sur l'accès à l'information*. L.R.C. 1985, c. A-1.

²¹ L'article 20(1(b)) de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que « [...] Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant [...] des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers », qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers. En 1993, le Secrétariat du Conseil du Trésor (CT) a publié une série de directives en ce qui concerne l'interprétation à donner à la *Loi sur l'accès à l'information*. Certaines d'entre elles concernent spécifiquement l'article 20 (*Chapitre 2-8 - Exceptions particulières*). Les renseignements protégés par l'article 20(1(b)) « doivent être financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques et de nature confidentielle ». La notion de renseignement est interprétée généreusement par le CT qui l'a élargie à toute information « qui a une valeur

pour le détenteur et qui a été confiée à une autre personne dans des circonstances qui obligent cette dernière à la garder confidentielle » (p. 19). Le renseignement n'a pas à être de nature industrielle ou même à avoir une application pratique pour l'entreprise, il suffit qu'il n'appartienne pas au domaine public et ne puisse être fourni sur demande. Finalement, le renseignement doit émaner du tiers et non du gouvernement. Celui qui invoque l'exception doit donc démontrer : « que les renseignements sont de nature confidentielle et que [il] les a toujours traités de façon confidentielle (p. 20).

²² Voir l'annexe III concernant le détail de l'information dont l'accès nous a été refusé en ce qui a trait au rapport de vérification de la Banque de Hong Kong.

²³ Voir note 17, *Evaluation of the Employment Equity Program - Final Audit*. Taux de réponse obtenu : 30 p. 100 des entreprises interrogées. Ce qui, selon les auteurs du rapport, constitue un pourcentage significatif.

²⁴ Nombreux sont les employeurs qui ont admis accepter difficilement le rôle de la CCDP et la longueur du processus de vérification. Certains croyaient que les agents de la CCDP ne savaient pas ce qu'ils voulaient et modifiaient les critères au milieu du processus. D'autres remettaient en question l'efficacité des vérifications en ce qui a trait à l'équité en matière d'emploi. Le manque d'uniformité dans la façon dont la CCDP applique la Loi était aussi considéré comme un problème. Certains ont laissé entendre que la CCDP et RHDCC devraient se rendre compte que l'équité en matière d'emploi n'est pas une science exacte (DRHC, 2001, point 7.14).

²⁵ Sauf pour quelques employeurs importants, beaucoup d'employeurs continuent d'attendre que la Commission amorce une vérification avant de mettre formellement en oeuvre les mesures requises pour respecter les exigences de la Loi », (CCDP, 2002b, point 3.222 « vérification initiale et suivi auprès des employeurs », en ligne à : http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/CHRC/chrc01-02dpr_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004).

²⁶ CCDP, Rapport et recommandations présentées au Comité, avril 2002, faisant suite à la consultation menée par la CCDP en 2002 [cité Recommandations 2002]. En ligne à : <http://www.chrc-ccdp.ca/publications/discussion-fr.asp>, consulté le 1^{er} juin 2004. Voir aussi DRHC (2001), point 7.1.

²⁷ Voir CPDRHCPH (2002) en ligne à : <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Studies/Reports/HUMARP9-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

²⁸ Id., recommandations 3 et 29.

²⁹ Id., recommandation 23.

³⁰ Id., recommandation 3.

³¹ « La Commission continue d'appuyer l'apport d'une modification pour énoncer clairement l'exigence de prévoir des mesures spéciales dans le plan d'équité en matière

d'emploi. Il faudrait inclure dans l'exigence la norme selon laquelle ce plan devrait comporter suffisamment de politiques positives et de mesures spéciales, afin qu'on puisse s'attendre raisonnablement à l'atteinte des objectifs de recrutement et d'avancement à court terme.

[...]

La Commission continue aussi d'appuyer l'apport d'une modification au Règlement pour y préciser qu'au nombre des politiques et pratiques positives doivent figurer des politiques (ou des lignes directrices de l'employeur) sur l'équité en matière d'emploi et le harcèlement qui doivent être communiquées aux membres de la direction et du personnel. » Voir Rapport de la CCDP, note 25.

³² Cette préoccupation fait entre autres appel à la question des coûts d'implantation de l'équité en emploi : je tenais à préciser que si la conformité requiert de chaque employeur deux équivalents temps plein, et on ne parle ici que de présenter un rapport, les montants en cause sont plus élevés. [...] Je dirais que nous devons prévoir environ 8 dollars par année par contribuable pour la présentation du rapport. Voir audiences du 7 février 2002 (CDPRHCPH, 2002b) témoignage de F. Poschmann, Institut C D Howe, en son nom personnel <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Meetings/Evidence/HUMAEV48-F-HTML#Int-126132>, consulté le 1^{er} juin 2004

³³ Pour des informations générales, consulter RHDCC (2004d).

³⁴ Fait rarissime depuis l'entrée en vigueur du programme.

³⁵ Voir la note 33.

³⁶ Les examens de conformité sont sporadiques et imprévus. Selon l'Université de la Saskatchewan et d'autres employeurs que j'ai consultés, le processus et les attentes ne sont pas définis et portent donc à confusion. L'objectif de l'examen n'est pas clair, et il n'y a presque pas de surveillance du processus d'examen. Il y a un manque de communication soutenu avec les représentants du programme de contrats fédéraux (M^{me} Kathy Gray, directrice des services aux employés, Université de la Saskatchewan), Voir CPDRHCPH (2002c).

³⁷ 1-Informer les employés de l'équité en matière d'emploi, 2-Nommer un responsable de l'équité en matière d'emploi, 3-Recueillir des renseignements sur l'effectif de l'entreprise, 4-Analyser l'effectif de l'entreprise, 5-Effectuer l'étude des systèmes d'emploi, 6-Fixer des objectifs, 7-Élaborer un Plan d'équité en matière d'emploi, 8-Adopter des mesures favorables d'adaptation raisonnables, 9-Créer un climat de travail favorable, 10-Adopter des mesures de suivi, 11-Permettre de consulter les dossiers. Pour plus d'informations, consulter : <http://www.rhdcc.gc.ca/asp/passerelle.asp?hr=/fr/pt/ot/ntemt/emt/programmes/pcf/criteres/index-eme.shtml&hs=wzp>, consulté le 1^{er} juin 2004

³⁸ Environ 57 contrôles par année, sans préjuger ici du sens du terme « contrôle » (DRHC, 2000).

³⁹ *Loi sur l'équité en emploi*, art. 4 (1) « La présente loi s'applique à : a) tous les employeurs du secteur privé ». Voir aussi l'art. 42 (2) : « Le ministre est également chargé de l'administration du programme de contrats fédéraux pour l'équité en matière d'emploi et, à ce titre, tenu de veiller à ce que les exigences applicables aux entrepreneurs en vertu de ce programme pour ce qui est de la réalisation de l'équité en matière d'emploi soient *équivalentes* à celles que la présente loi impose aux employeurs dans ce domaine »

⁴⁰ Voir *Examen de la Loi sur l'équité en emploi*, réponse du gouvernement du Canada au 9^e Rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées : *Promouvoir l'égalité dans les secteurs de compétence fédérale : Examen de la Loi sur l'équité en matière d'emploi*, novembre 2002, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Studies/Reports/HUMARP9-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁴¹ « La Direction générale du Service des opérations des approvisionnements fournit des services communs d'acquisition de biens et de services pour le gouvernement fédéral. Il gère le processus d'acquisition en aidant les ministères clients à définir leurs besoins, en lançant des appels d'offres, en évaluant les soumissions et en choisissant les fournisseurs, ainsi qu'en négociant et en gérant des marchés ». Voir TPSGC (2004a). Quatre lois et politiques encadrent ce processus : *Loi sur la gestion des finances publiques* L.R. 1985, ch. F-11; *Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* 1996, ch. 16; *Loi sur la production de défense* 1985, ch. D-1, et *Politique sur les revendications territoriales globales et état des revendications*, mars 2002, Affaires Indiennes et du Nord Canada, http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/brief_f.pdf, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁴² Pour les politiques du CT, voir SCT 2003.

⁴³ Les activités d'approvisionnement de TPSGC feront progresser les politiques socio-économiques nationales du gouvernement, *dans les limites imposées par les obligations liées aux accords internationaux*. Voir TPSGC (2004b).

⁴⁴ Les acquisitions de TPSGC se feront en régime de concurrence, sauf dans des cas particuliers. Id., chapitre 5.

⁴⁵ Voir Contrats Canada (2004) et TPSGC (2004c).

⁴⁶ Voir *Clauses et conditions uniformisées d'achat* (TPSGC, 2004d).

⁴⁷ Voir *Infra*, « La Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones ».

⁴⁸ Voir SCT (1995). Aussi, entrevue avec M. Daniel Pilon, agent principal de l'administration des contrats, Commission canadienne de sûreté nucléaire, Section de l'administration, 5 septembre 2002.

⁴⁹ Un préavis d'adjudication de contrat (PAC) permet aux ministères et aux organismes de publier un avis, pendant une période d'au moins quinze (15) jours civils, pour informer la collectivité des fournisseurs de leur intention de passer un marché pour un bien, un service

ou des travaux de construction à un fournisseur sélectionné d'avance. Si, pendant la période d'affichage, aucun fournisseur ne présente un Énoncé de capacités répondant aux exigences précisées dans le PAC, les exigences de la politique du gouvernement en matière de régime concurrentiel auront été respectées. Un fournisseur sélectionné d'avance est un fournisseur inscrit sur la liste des fournisseurs et qui peut répondre à des exigences techniques précises prévues par le contrat.

⁵⁰ *Guide des approvisionnement*, précité, note 41, para. 4 003.

⁵¹ *Avis sur la politique des marchés 1997-6* (Secrétariat du Conseil du Trésor); voir aussi *Avis sur la politique des marchés 1997-6*, Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones – lignes directrices pour les acheteurs et les fonctionnaires du gouvernement, août 1997, points 2.6 et 2.7.

⁵² Communication avec M. Robert Cadieux, agent supérieur-achats/marchés de services, Patrimoine canadien, Gestion du matériel et marchés de services, 28 octobre 2002.

⁵³ Rapports sur les rendements de la SAEA de 2000 (AINC, 2002c).

⁵⁴ Voir SCT (1994) et entrevue téléphonique avec la Direction de la politique sur les acquisitions et la gestion du projets des Conseil du Trésor, 7 novembre 2002.

⁵⁵ Voir AINC (2002b).

⁵⁶ *Accord sur les marchés publics*, annexe 4 b) de l'*Acte final* de l'Uruguay Round, 15 avril 1994 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996).

⁵⁷ 37 pays sont présentement parties à l'AMP – le Canada, la Communauté européenne, la Corée du Sud, les États-Unis, Hong Kong, la Chine, l'Islande, l'Israël, le Japon, le Liechtenstein, la Norvège, les Pays-Bas pour le compte d'Aruba, Singapour et la Suisse. Liste disponible en ligne – http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁵⁸ Voir les annexes I, II et III qui lorsque complétées par les États qui adhèrent à l'AMP font partie de ce dernier. Ces annexes prévoient pour chaque État l'énumération des entités du gouvernement central et des autres entités sous-centrales qui seront liées par l'Accord. Au Canada, l'AMP ne lie que des entités du gouvernement central à ce jour.

⁵⁹ *Accord sur les marchés publics*, 12 avril 1979, 1981 R.T. Can 39 (entrée en vigueur – 1^{er} janvier 1981) [ci-après – Code de Tokyo].

⁶⁰ Le Code de Tokyo a surtout eu une influence symbolique, ne concernant au total que 10 p. 100 des achats gouvernementaux, selon une estimation faite par Stewart. Au Canada, la valeur des marchés publics concernés était de 648 millions de dollars en 1988, soit 8,6 p. 100 de la valeur totale des marchés publics et moins de 1 p. 100 du total de biens et services achetés par les divers niveaux gouvernementaux pour cette année (Reich, 1991).

⁶¹ Stuhec et Lemieux signalent que moins de 5 p. 100 des plaintes proviennent des fournisseurs étrangers (Lemieux et al., 1999).

⁶² Pour une comparaison complète entre les deux accords, voir Blank et al. (1997).

⁶³ Voir les tableaux 2 et 3 de l'annexe V. Ils font état, de manière comparative bien que non exhaustive, des différents seuils financiers établis en fonction des marchés publics soumis aux différents accords de commerce.

⁶⁴ Voir AMP, art. XXIII (1) et (2) et ALÉNA, art. 1018 (1) et (2).

⁶⁵ Pour une analyse détaillée, Corr et al. (1999).

⁶⁶ Rencontre avec le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, 9 avril 2003.

⁶⁷ Concernant le *Small Business Act*, voir notamment CEPAL (2002).

⁶⁸ Par exemple, le Canada n'a pas encore présenté de listes d'entités provinciales ou municipales qui seraient liées par les règles de l'AMP ou de l'ALÉNA et ne le fera pas tant que les États-Unis n'auront pas ouvert davantage leurs propres marchés. Rencontre, note 66.

⁶⁹ De même que l'article 1009 (2)(b) de l'ALÉNA.

⁷⁰ Tout comme l'article 1015(4)(c) de l'ALÉNA.

⁷¹ Accord sur le commerce intérieur, 3 mai 1997, G.O.Q. 1997 I. 413.

⁷² Certaines sont soumises à la LEE alors que d'autres ne sont soumises qu'aux exigences du PCF.

⁷³ Directive du Conseil 71/305/EEC du 26 juillet 1971 en matière de coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et Directive du Conseil 77/62/EEC du 21 décembre 1976 coordonnant la procédure de passation de marchés publics en matière de fournitures publiques, auxquelles a succédé une nouvelle vague de Directives dans les années 1990 : les Directives européennes en matière de marchés publics de services (92/50/CEE du 18 juin 1992), de fournitures et de travaux (93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993) modifiées par la Directive 97/52/CE du 13 octobre 1997.

⁷⁴ Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée Amsterdam), *Journal officiel* n° C 340 du 10/11/1997 p. 0306.

⁷⁵ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, *Journal officiel* n° L 039 du 14/02/1976, p. 0040 - 0042.

⁷⁶ Cet article a été interprété strictement par la décision Kalanke (Cas C-450/93, Kalanke v. Freie und Hansestadt Bremen [1995] E.C.R. I-3051) de la Cour de Justice européenne (CJE), puis révisée plus souplesment dans les décisions Marschall (Cas C-409/95, Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen [1997] E.C.R. I-6363) et Badeck (Cas C-158/97 Badeck et al. v. Hessischer Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000], E.C.R. I-01875).

⁷⁷ Mesures de compensation (offsets). Voir AMP, art. XVI (1) et ALÉNA, art. 1006. Cas C-360/89, *Commission des Communautés européennes contre République italienne* [1992] E.C.R. I-3401 [cité *Commission c. Italie*] et Cas C-243/89 *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark* [1993] E.C.R. I-03353.

⁷⁸ *Commission c. Italie*. Voir aussi McCrudden (1999).

⁷⁹ Voir par exemple : Cas joints 27 à 29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) a. O. v. Société coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes »* [1987] E.C.R. 3347.

⁸⁰ Cas 31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. État des Pays-Bas* [1988] E.C.R. 04635.

⁸¹ McCrudden (1998) cite un recours intenté par la Commission européenne contre le Land de Westphalie du Nord pour la mise en oeuvre de mesures d'égalité de traitement dans ses contrats de marchés publics. L'affaire ne se serait pas réglée devant les tribunaux.

⁸² Tout comme l'article 1003(2)(a) de l'ALÉNA.

⁸³ Voir note 63. Voir aussi : « [I]a plupart [des États] ont exclu de leur liste une panoplie de secteurs de services. [...] » La signification empirique de ces exclusions n'est pas claire. Finalement, il existe tout un champ de non-application et de provisions de réciprocité contenue dans les Annexes où apparaissent les services couverts. Les exceptions générales les plus communes ont cette forme : « un service inscrit dans l'Annexe 4 est couvert en regard d'une Partie particulière uniquement dans la mesure où une telle Partie a aussi inclus ce service dans l'Annexe 4 » (Low et al., 1996) [traduction].

⁸⁴ Voir notes 27 et 40.

⁸⁵ AMP, Appendice I, Notes générales du Canada, art. i d), ALÉNA, Annexe 1001 2b, liste du Canada, art. 1 d).

⁸⁶ Renseignements au site de la SAEA, http://www.ainc-inac.gc.ca/saea-psab/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁸⁷ *Accord général sur le commerce des services*, annexe 1B de l'Acte final de l'Uruguay Round, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 46, [ci-après : AGCS].

⁸⁸ Par exemple, le gouvernement canadien ne cesse de rappeler que les secteurs de la santé et de l'éducation sont exclus de l'AGCS. Il faut comprendre que cela signifie que les règles de libéralisation du secteur des services ne sauraient modifier l'accès (économique, par exemple) à ces services. Cela importe aux Canadiennes, qui sont nombreuses à être dans une situation économiquement vulnérable. Toutefois, l'exclusion de certains secteurs de services de l'AGCS signifie aussi que pour ces secteurs exclus, le gouvernement canadien est exempté de certaines autres obligations relatives à l'absence d'effets discriminatoires de ses politiques intérieures envers les entreprises étrangères. Nous estimons que les normes et politiques relatives à l'équité en emploi appartiennent à ce groupe de politiques. Le découpage entre les services visés par les engagements canadiens au chapitre de l'AGCS et les services exclus pourrait donc revêtir des conséquences à cet égard.

⁸⁹ Aux fins de cette sous-section, aucune référence n'est faite au chapitre 12 de l'ALÉNA portant sur le commerce des services. Les distinctions utiles entre l'AGCS et l'ALÉNA concernant le statut d'investisseur et la définition de l'investissement sont analysées à la sous-section suivante.

⁹⁰ L'article 1.3 (b) prévoit l'exclusion de l'Accord de tous les secteurs fournis exclusivement dans l'exercice du pouvoir gouvernemental sur une base autre que commerciale. Cette exclusion, loin d'être limpide, a été examinée par Krajewski (2001).

⁹¹ Stewart (1999). Voir aussi *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Rapport de l'Organe d'appel, 9 septembre 1997, (WT/DS27/AB/R), §220. Pour un bon résumé de la « guerre de la banane », voir Bhala (2000).

⁹² Alinéas c) et d). Nos italiques.

⁹³ AGCS, art. XXVIII (g).

⁹⁴ Id.

⁹⁵ AGCS, art. XXVIII (j).

⁹⁶ Voir OMC (2004a).

⁹⁷ Voir OMC (2004b).

⁹⁸ Voir Industrie Canada, 2003, aussi cité « Offre conditionnelle ».

⁹⁹ Voir Offre conditionnelle, p. 3.

¹⁰⁰ Voir Offre conditionnelle, p. 28.

¹⁰¹ Voir Offre conditionnelle, p. 132.

¹⁰² Cette similarité doit être analysée au cas par cas. On peut retirer de certaines décisions des organes chargés de régler les différends, dans le cas du GATT/OMC, des critères d'analyse tels l'utilisation finale faite par les consommateurs, la propriété, la nature et la qualité d'un produit ou d'un service.

¹⁰³ Voir par exemple, *États-Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930*, Rapport du Groupe spécial, 7 novembre 1989 (L/6439 – 36S/386), §5.11 et *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, par 233.

¹⁰⁴ L'idée que l'obligation d'accorder un « traitement non moins favorable », prévue à l'article III : 4 [du GATT], est l'obligation pour les pouvoirs publics d'assurer l'égalité effective des possibilités de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés, et avec le principe selon lequel il n'est pas nécessaire de montrer les effets sur le commerce pour établir l'existence d'un manquement à cette obligation. *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, Rapport du Groupe spécial, 11 février 2000, (WT/DS139/R) (WT/DS142/R), §10.84.

¹⁰⁵ Voir note 20 et suiv.

¹⁰⁶ Ces rapports peuvent maintenant être obtenus en communiquant avec la CCDP.

¹⁰⁷ Rencontre avec le MAECI, le 9 avril 2003.

¹⁰⁸ Depuis la parution du rapport Abella en 1984, le gouvernement du Canada a toujours évité la dimension coercitive ou la judiciarisation du modèle de l'équité en emploi. En vertu de ce choix, on a constaté lors des modifications apportées à la Loi en 1996 que les progrès étaient mineurs. Les moyens timides octroyés à la CCDP en vue d'accélérer ces progrès peuvent encore aujourd'hui correspondre aux préoccupations de certains intervenants (les entreprises en particulier). Ceci toutefois ne tient pas compte des exigences de transparence imposées par les accords de commerce, dont l'AGCS.

¹⁰⁹ Voir note 26.

¹¹⁰ Voir la Note d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11 (Commerce International Canada, 2001).

¹¹¹ Voir entre autres « NAFTA Chapter 11 Conference », organisé par le Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 18 janvier 2002, en collaboration avec le MAECI, les textes sont disponibles en ligne à <http://www.carleton.ca/ctpl/conferences.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹¹² L'article 1101 (3) de l'ALENA stipule que « [l]e présent chapitre ne s'applique pas aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie dans la mesure où celles-ci sont couvertes par le chapitre 14 (services financiers) ». Le chapitre 14, toutefois, n'exclut pas la totalité de l'application du chapitre 11.

¹¹³ Article 1114 (1) de l'ALÉNA.

¹¹⁴ Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement et Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail, 13 septembre 1993, reproduits en anglais dans *NAFTA Text - Including Supplemental Agreements*, CCH, 1994, p. 747-773 et p. 775-801.

¹¹⁵ L'article 201 de l'ALÉNA prévoit qu'une mesure s'entend de toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique.

¹¹⁶ *Pope & Talbot c. le gouvernement du Canada, Award on the Merits* (2001), en ligne au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international : http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dis/pope_archive-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹¹⁷ Voir article 1106 (6) de l'ALÉNA.

¹¹⁸ Voir note 110.

¹¹⁹ Sauf pour une raison d'intérêt public et ce sur une base non discriminatoire et en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1), le tout moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.

¹²⁰ ALÉNA, art. 1110 (1).

¹²¹ *Metalclad v. United States of Mexico, Final Award* (Cas CIRDI No ARB(AF)/97/1), (2000) par. 103.

¹²² *Pope & Talbot contre le Canada, interim award* (2000), précité, note 116.

¹²³ *S.D. Myers c. le Gouvernement du Canada (décision partielle)* (2000), en ligne : ministère des Affaires étrangères et du Commerce international : http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcnadapartialaward_final_13-11-00.pdf, (arbitres : B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter), consulté le 1^{er} juin 2004.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44.

¹²⁶ Voir note 114.

¹²⁷ GATT, article XX(a).

¹²⁸ AGCS, article XIV(a).

¹²⁹ AMP, article XXIII(2).

¹³⁰ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* [ADPIC], annexe 1C de l'Acte final, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1197, art. 27 (2).

¹³¹ Voir à titre d'exemple, l'article XXIII de l'AMP.

¹³² Faut-il rappeler que c'est au nom de cette étanchéité qui lui fut rappelé à Singapour en 1996 que l'OIT a jugé nécessaire d'adopter en 1998 la « Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail », juin 1998, adoptée à la 86^e session, en ligne : <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹³³ La reconnaissance de ces principes repose sur les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 115 R.T.N.U. 331, 8 I.L.M. 679 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980). Voir Romain (1995).

¹³⁴ Définition reprise par Ghestin, *Traité de Droit Civil*, t. 2, spéc. P. 85, n° 93 et réf. 41, cité dans J.-F. Romain, *ibid.*, p. 29.

¹³⁵ Kleven (2002), 69, note 1 : "Under U.S. law the term 'general welfare,' which is used in the UDHR, has a very broad meaning that might allow the freedom to leave to be restricted for a wide variety of reasons pursuant to a rational basis test according it no special protection. Perhaps for this reason a general welfare exception was expressly rejected in drafting the ICCPR, the operative law, in favor of the 'public order ordre public' terminology, which has somewhat narrower overtones in English (akin perhaps to prevention of disorder) than in French where it invokes not only the welfare of the public but also the protection of individual human rights that 'cannot be lightly sacrificed even for the good of the majority or the common good of all'."

¹³⁶ Voir par exemple Tetley (1994) : l'auteur utilise la double expression « public policy/order » pour parler de l'exception d'ordre public.

¹³⁷ L'ouvrage de Goldstein (1992) est le plus complet.

¹³⁸ GATT, article XX.

¹³⁹ *Sami Hainonen*, affaire 394/97, 15 juin 1999, att. 43.

¹⁴⁰ Compétences de la Cour européenne des droits de l'Homme, art. 32 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*.

¹⁴¹ Cour EDH, *Loizidou Turquie*, 23 mars 1995, série A, n° 310, § 93, voir également le paragraphe 75 de l'arrêt en question, où la Cour a qualifié la Convention « d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». Voir aussi Sudre (1995).

¹⁴² *Soering*, 7 juillet 1989, A.161 G A N° 33.

¹⁴³ Expression utilisée par Lalive (1986).

¹⁴⁴ Goldman (1979), cité par Racine (1999).

¹⁴⁵ Dollinger, 2000, Oppetit, 1998. Voir l'Avant-projet de convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, approuvé par le Comité d'étude d'UNIDROIT à sa troisième session, le 26 janvier 1990.

¹⁴⁶ Ibid, p. 309. Voir aussi Racine (1999). Racine ajoute aux actes immoraux le boycottage pour raison raciale, donnant en exemple le boycottage des pays arabes contre l'Israël.

¹⁴⁷ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux du travail, note 132.

¹⁴⁸ Conférence internationale du travail, Rapport IB, Conférence internationale du travail, 91^e session, juin 2003, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droit fondamentaux au travail, L'heure de l'égalité au travail, en ligne : <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/french/standards/relm/ilc/ilc92/reports.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁴⁹ Nous y revenons dans la dernière partie de l'étude.

¹⁵⁰ Voir Tornqvist et al. (1999, 2002). L'approche de la Banque mondiale consiste à identifier à l'intérieur de sa structure les éléments essentiels à l'implantation d'une stratégie globale d'ACS : responsabilité de ses cadres supérieurs, personnel formé en matière d'ACS, budget alloué spécifiquement à cette implantation et une plus grande collaboration avec la société civile et les pays « donateurs ».

¹⁵¹ En français « autonomisation » selon *Le grand dictionnaire terminologique*, en ligne : http://w3.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁵² Niveau 1 : Bien-être matériel : Mesures permettant d'améliorer le bien-être matériel des femmes; Niveau 2 : Accès : Mesures permettant aux femmes l'accès à la ressource afin qu'elles puissent veiller elles-mêmes à leur bien-être; Niveau 3 : Conscientisation : Mesures sensibilisant les femmes quant aux croyances erronées acquises socialement et qui les infériorisent. Cette mesure n'est pas facilement quantifiable, mais vise à déterminer si les femmes se considèrent égales aux hommes; Niveau 4 : Mobilisation : Réalisation d'actions communes par des femmes qui se sont mobilisées afin d'améliorer leurs conditions de vie; Niveau 5 : Contrôle : Participation des femmes au processus décisionnel. Les femmes sont ainsi en mesure d'avoir un véritable accès aux ressources, ce qui leur permet d'améliorer leur bien-être.

¹⁵³ Voir WIDE (2004).

¹⁵⁴ Voir UNCCD (2004).

¹⁵⁵ Voir APEC (2004a)

¹⁵⁶ Voir APEC Second Ministerial Meeting on Women à : http://www.apec.org/apec/ministerial_statements/sectoral_ministerial/women/2002_women.html, consulté le 1^{er} juin 2004, et plus particulièrement le para. 23 de la Déclaration

¹⁵⁷ Voir APEC (2004)

¹⁵⁸ Voir SIA (2004).

¹⁵⁹ Rencontre avec le MAECI, 9 avril 2003.

¹⁶⁰ Pour un travail de déblayage, voir Institut Nord Sud (2001). Voir aussi, pour une proposition théorique pouvant servir de repère, Blacklock (2000).

¹⁶¹ La liste des membres provenant de l'industrie n'est pas disponible. Voir Équipe Canada inc (2004).

¹⁶² Voir par exemple Équipe Canada inc (2004)

¹⁶³ Voir plus particulièrement la recommandation n^o 35.

¹⁶⁴ Voir http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/wto_opinion-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁶⁵ Voir *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail* (OIT, 1998)

¹⁶⁶ Voir *Groupe de travail du Premier ministre sur les femmes entrepreneures* : le Groupe de travail donnera des avis au gouvernement fédéral sur des questions générales concernant les créations d'entreprises chez les femmes. À cette fin, le Groupe va proposer des initiatives précises que le gouvernement devrait envisager. Citons, par exemple, des initiatives visant le commerce et la recherche. En ligne à : <http://www.liberal.parl.gc.ca/entrepreneur/about.asp?lang=fr>, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁶⁷ Voir *Offre initiale du Canada*, note 98.

¹⁶⁸ Voir *Evaluation of the Employment Equity Program - Final Audit*, note 17.

¹⁶⁹ Communication téléphonique avec M. Sébastien Sigouin de la CCDP, 24 avril 2003.

¹⁷⁰ Voir note 110.

¹⁷¹ Voir note 71.

¹⁷² Le Mécanisme d'examen des politiques commerciales (MEPC) de l'OMC a pour objet

de contribuer à ce que tous les Membres respectent davantage les règles, disciplines et engagements définis dans les accords commerciaux multilatéraux et, le cas échéant, dans les accords commerciaux plurilatéraux, et donc à faciliter le fonctionnement du système commercial multilatéral, en permettant une transparence accrue et une meilleure compréhension des politiques et pratiques commerciales des Membres. Il n'est toutefois pas destiné à servir de base pour assurer le respect d'obligations spécifiques découlant des accords. Le MEPC est institué pour effectuer les examens des politiques commerciales et les politiques et pratiques commerciales de tous les Membres seront soumises à un examen périodique.

¹⁷³ Conformément aux objectifs de l'AGCS tels qu'ils sont énoncés dans le préambule et l'article IV, et comme le prescrit l'article XIX, les négociations sont menées sur la base d'une libéralisation progressive [...] et en reconnaissant le droit des Membres de réglementer la fourniture de services et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard. Voir *Lignes directrices et procédures pour les négociations sur le commerce des services adoptées le 28 mars 2001 par le Conseil du commerce des services de l'OMC réuni en session extraordinaire*, en ligne : http://www.wto.org/french/news_f/pres01_f/pr217_f.htm, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁷⁴ Voir note 36.

¹⁷⁵ Voir note 111.

¹⁷⁶ Voir *Examen de la Loi sur l'équité en matière d'emploi, Réponse du gouvernement du Canada au 9^e Rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées*, note 40.

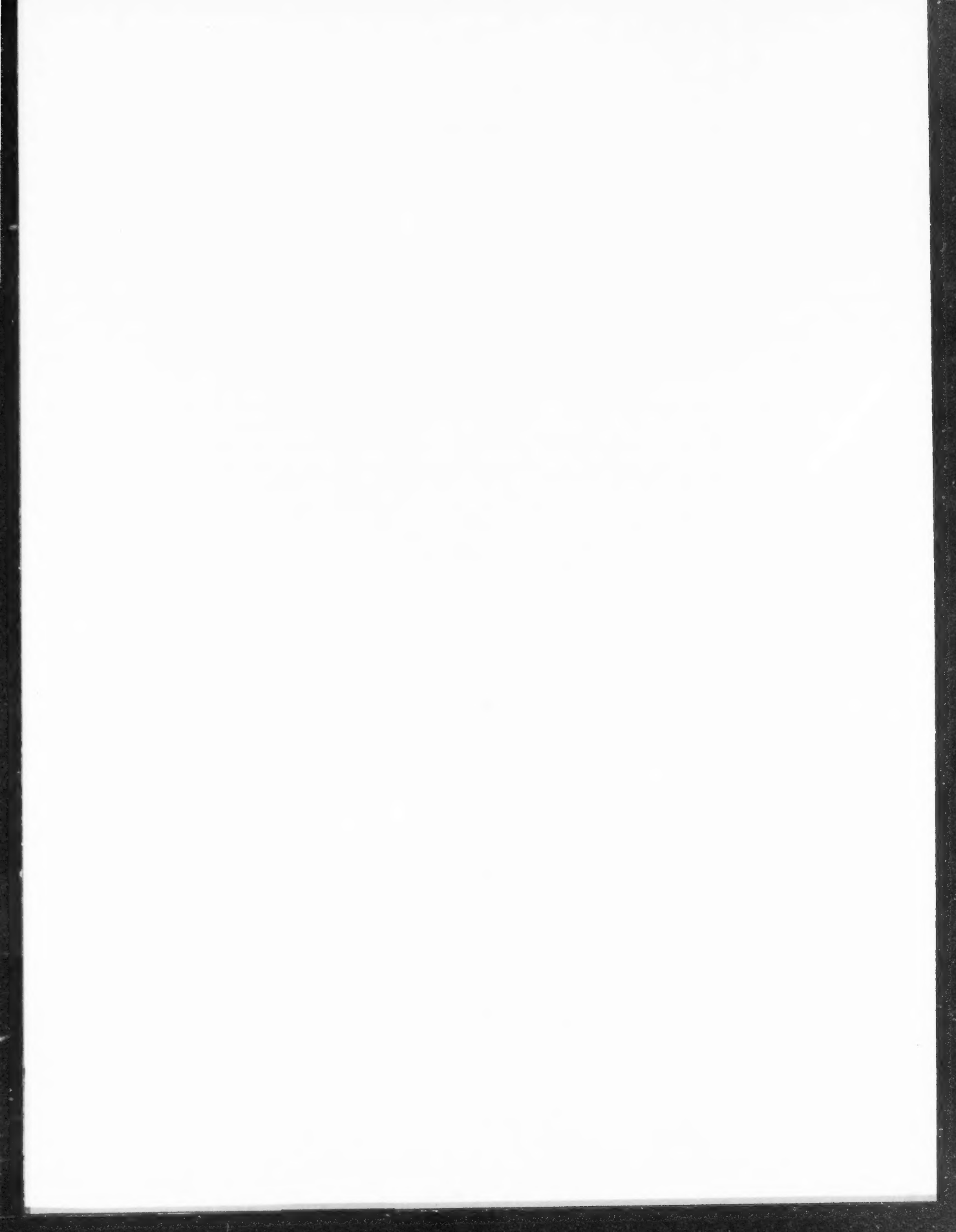
¹⁷⁷ Voir l'annexe II.

¹⁷⁸ Voir note 17.

¹⁷⁹ Voir note 111.

¹⁸⁰ Ces seuils sont en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004.

¹⁸¹ Sont également exclus de l'application de l'ALÉNA et/ou de l'AMP-OMC les marchés portant sur les biens et les services suivants : (a) la construction et la réparation de navires; (b) les éléments, le matériel, le fer, l'acier et l'équipement liés au transport terrestre et au transport ferroviaire en zone urbaine; (c) les services de transport qui font partie, intégralement ou accessoirement, d'un marché d'approvisionnement; (d) le matériel de communications et de détection et l'équipement de radiation cohérent compris dans la catégorie 58 de la Classification fédérale des approvisionnements (CFA); (e) les achats de pétrole répondant à des impératifs de réserve stratégique; (f) les achats effectués pour permettre de protéger les matériaux nucléaires; (g) les travaux de dragage.



Projets financés en vertu du Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada appel de propositions Les accords commerciaux et les femmes *

Sauvegarder les mesures d'équité en emploi à l'heure des accords de commerce

Lucie Lamarche, en collaboration avec Rémi Bachand, Aurélie Arnaud et Rachel Chagnon

Accords commerciaux, soins à domicile et santé des femmes

Olena Hankivsky et Marina Morrow avec Pat Armstrong, Lindsey Galvin et Holly Grinvalds

Intégration des considérations liées à l'égalité entre les sexes dans la politique commerciale du Canada : Une étude de cas de la mobilité de la main d'œuvre dans les accords commerciaux

Chantal Blouin, Heather Gibb, Maire McAdams et Ann Weston
L'Institut Nord-Sud

Les accords commerciaux, le secteur des soins de santé et la santé des femmes

Teresa Cyrus et Lori Curtis

Les femmes handicapées et la libéralisation du commerce

Deborah Stienstra, Colleen Watters, Hugh Grant, Hui-Mei Huang et Lindsey Troschuk

La prise en compte des particularités propres à chacun des sexes au sein de l'Organisation mondiale du commerce : un modèle canadien de promotion et d'analyse

Dana Peebles

Du commerce des fourrures au libre-échange : la foresterie et les femmes des Premières nations au Canada

Connie Deiter et Darlene Rude

* Certains de ces documents sont encore en voie d'élaboration, leurs titres ne sont donc pas nécessairement définitifs